

ESSAI
SUR
LA LÉSION

D'APRÈS LES DONNÉES
DE LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

Summum jus, summa injuria.
(Cicéron, *De officiis*, I. 10, 33).

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1931, à 14 heures

PAR

ZENO PROCA

JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN professeur.

Suffragants : M. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur.
M. CASSIN, professeur.

LES PRESSES MODERNES

45, rue de Maubeuge. 45
PARIS

—
1931

ESSAI SUR LA LÉSION
D'APRÈS LES DONNÉES
DE LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR
LA LÉSION

D'APRÈS LES DONNÉES

DE LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

Summum jus, summa injuria.
(Cicéron, *De officiis*, I. 10, 33).

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Juin 1931, à 14 heures

PAR

ZENO PROCA

JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

Suffragants : M. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur.
M. CASSIN, professeur.

LES PRESSES MODERNES

45, rue de Maubeuge, 45

PARIS

1931

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs*



A MON PÈRE ET A MA MÈRE

Abréviations

D. J. Z. *Deutsche Juristen Zeitung*.

GRUCH *Gruchots, Beiträge*.

I. W. *Juristische Wochenschrift*, édité par le *Deutscher Anwaltsverein*, Berlin.

L. Z. *Leipziger Zeitschrift für Handels-Konkurs und Versicherungsrecht* et à partir de 1914 *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, Munich.

O. L. G. *Die Rechtsprechung der Oberlandsgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts*, édité par Mugdan et Falkmann, Berlin-Leipzig.

R. G. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* par les membres de la Cour de Cassation et du Barreau, Berlin-Leipzig.

RSPR. *Rechtsprechung*.

SEUFF. *Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, Munich-Berlin.

St. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* par les membres de la Cour de Cassation et du Barreau, Berlin-Leipzig.

WARN. *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts*, en tant qu'elle n'a pas été publiée dans le Recueil officiel de la jurisprudence du Reichsgericht, édité par Dr. Otto Warneyer, Leipzig.

Avant-Propos

Saleilles, par l'avertissement donné jadis, lorsqu'il posait la question de savoir si, en face de certains principes vers lesquels les législations étrangères paraissent s'orienter la France saurait garder son rôle à la tête du progrès juridique universel, ou si elle en passerait l'hégémonie à d'autres pays, a visé aussi, entre autres, sciemment ou non, l'attitude que le législateur français prendra devant le problème de la lésion, qui est aujourd'hui d'une brûlante actualité.

Dussions-nous être démenti, nous soutenons que, si le législateur n'a pris encore aucune attitude catégorique, l'explication en est dans la grave divergence d'opinions qui existe, en France, sur cette question. On est unanimement d'accord, en ce qui concerne la partie négative de la tâche, à reconnaître la complète insuffisance des textes actuels; mais, le conflit naît dès que l'on aborde la partie positive, faisant échec à toute tentative de réforme, d'où qu'elle vienne. Or cela n'est pas fait pour assurer une hégémonie du Droit français.

Puissions-nous donc, par le présent essai, et grâce seulement aux faits, que nous ne faisons qu'exposer, apporter tant soit peu de lumière dans un petit coin de cette grande question, tout en nous rendant bien compte, sans doute, que nous n'apprendrons rien à des jurisconsultes spécialistes en la ma-

tière. Toutefois, nous avons cru, que pour une meilleure compréhension réciproque des antagonistes, qui mis en face des faits concrets feraient peut-être un pas de plus vers la réforme législative, une mise au point analytique et synthétique de la jurisprudence allemande ne serait pas superflue.

Nous remercions notre Maître, M. Henri Lévy-Ullmann, professeur à la Faculté de Droit de Paris, pour la bienveillance qu'il nous a toujours prodiguée, grâce à laquelle nous avons essayé de tirer le meilleur parti de ses conseils, d'une importance tout à fait essentielle pour pouvoir mener à bonne fin notre tâche.

Nous remercions notre ami, Maître Nerva Elekès, avocat à la Cour de Bucarest, qui, après nous avoir inspiré le sujet même de notre thèse, nous a fourni pendant notre travail, des renseignements des plus utiles, soit directement, soit indirectement par sa remarquable thèse sur le Droit de Rétention, thèse que nous avons prise comme modèle pour la partie technique de la notre.

Z. P.

Paris, Mai 1931.

Introduction

Pour pouvoir résoudre, soit dans un sens, soit dans l'autre, la crise que la « légifération » (1) du principe de la lésion passe actuellement en France, il est indispensable de connaître les résultats, si édifiants, des expériences qui nous sont fournies par le droit comparé. Cela, non seulement parce que la lésion, comme la matière des obligations en général, se prête à une légifération qui peut négliger des coutumes ou des mentalités nationales, mais surtout, parce que, justement à ce propos, de la lésion, la controverse qui existe en France tient pour la plus grande partie à une superficielle connaissance des faits, pourtant si instructifs, des législations étrangères.

A l'heure qu'il est, on est unanimement d'accord qu'une réforme législative concernant la lésion ne doit plus tarder. Mais, la difficulté surgit lorsqu'il s'agit de la partie positive de la réforme, que d'aucuns voudraient radicale, par l'introduction dans le droit positif français, du principe général de la lésion, d'autres au contraire, préconisent une réforme bien plus timide, qui se bornerait à multiplier les exceptions existantes actuellement au principe exclusif de lésion posé par le Code Civil. Cette divergence d'opinions n'a fait, jusqu'à aujourd'hui, que reculer toute réforme qu'on avait tentée, et ainsi l'on continue toujours à être régi par les textes du Code Civil et aussi par quelques lois

(1) Par ce terme nous entendons l'action d'insérer un principe juridique dans la loi, conformément à la définition de M. Lévy-Ullmann.

spéciales, qui constituent autant de faibles palliatifs, plutôt qu'elles n'apportent de vrais remèdes. Or, chaque jour la nécessité de mettre fin à l'actuel état de choses devient plus impérieuse et la controverse qui empêche toute œuvre positive doit être, d'une façon ou d'une autre, apaisée au plus tôt; pourtant, nul apaisement ne pourra être réalisé tant que les deux parties antagonistes construiront leurs conceptions sur des prémisses essentiellement différentes. En effet, les partisans du principe général de lésion apportent comme exemple les merveilleux résultats donnés par ce principe dans les législations qui le consacrent, en même temps que, les adversaires affirment justement qu'un pareil principe ne peut constituer qu'une dangereuse atteinte à l'autonomie de la volonté et une grave menace pour la sécurité du commerce juridique. En partant de prémisses si opposées l'on arrive fatalement à des conclusions différentes. Par conséquent, pour guérir le mal il faut aller jusqu'à la racine, et nous poser la question de savoir à quoi tient une si radicale différence de vues, qui fait dire aux uns justement l'opposé de ce qu'affirment les autres. Puisque tous partent des mêmes faits, toute la différence ne tient, purement et simplement, qu'à un grave défaut de documentation, défaut qui se révèle d'une façon typique par la comparaison des deux auteurs des champs antagonistes, tous les deux éminents juristes, mais qui partent de prémisses complètement différentes, bien que basées sur les mêmes faits. Ainsi, à propos du droit allemand qui est appelé à nous fournir l'expérience la plus instructive en la matière, M. Gay, dans son ouvrage sur *l'undue influence*, affirme que l'article du Code Civil allemand qui sanctionne le principe général de lésion a été très largement employé, cependant que M.

Demontès, dans son ouvrage sur la lésion, déclare que les décisions dans lesquelles on a invoqué ce texte sont en nombre infime. De là, fatalement, des conclusions diamétralement opposées sur la valeur pratique du principe général de lésion et de sa consécration législative en France. D'où la controverse et le recul de toute réforme, bien que sa nécessité soit reconnue d'une façon unanime.

Nous pensons donc, qu'une fois la documentation faite sur la véritable portée du principe général de la lésion en Allemagne, le noyau de la divergence des opinions en France sera détruit du même coup.

En connaissant le véritable rôle que l'article en question a été appelé à jouer, des faits connus prendront la place des idées préconçues, des raisonnements se substitueront à des sentiments et alors, à l'unanimité, on pourra décider si, oui ou non, le principe général de lésion consacré législativement, serait, comme on le dit d'une part, une innovation des plus heureuses, ou bien, constituerait un danger que l'on doit éviter à tout prix, comme d'autres l'affirment. En tout cas, le résultat positif d'une réforme législative, soit dans un sens soit dans l'autre, ne verra plus aucune difficulté essentielle à une proche réalisation.

Par conséquent, nous rendant compte que la cause du mal n'est qu'un simple défaut de documentation, nous nous sommes proposé, dans le présent essai, d'apporter une simple mise au point des faits, nous efforçant de la faire d'une façon fidèle et complète, et en tout cas, d'une façon objective.

En étudiant l'œuvre de la jurisprudence allemande, c'est-à-dire, les résultats pratiques du droit positif type où le principe général de lésion est consacré, nous pourrions

nous rendre facilement compte de quel côté est la vérité. Mais, pour bien saisir l'esprit dans lequel a été réglementé le principe général de lésion dans la législation allemande et la place qu'il occupe dans le Code Civil allemand il est indispensable de passer tout d'abord en revue, l'évolution historique de la lésion, nous bornant toutefois aux étapes de cette évolution qui touchent, plus ou moins directement au droit allemand. Munis de ces connaissances nous abordons les *medias res* de la matière en analysant la conception de la jurisprudence à propos des éléments constitutifs de la lésion d'abord, et des effets de la lésion ensuite. A ce moment, basés sur les faits que nous aurons exposés, nous serions à même de conclure au succès ou à la défaite du principe général de lésion. Toutefois, avant d'arriver à notre conclusion, nous croyons utile de consacrer, dans un dernier chapitre, une section à la jurisprudence anglaise et une autre à la jurisprudence française, faisant ainsi du droit comparé par rapport à la jurisprudence allemande. L'intérêt de la jurisprudence anglaise est indiscutable par le fait que le droit anglais possède sur la lésion une conception encore plus large que le droit allemand et que par là, l'expérience des faits en Angleterre ne peut pas être négligée lorsque l'on veut justement savoir si le principe général de lésion doit, oui ou non, être introduit dans la loi. Ensuite, la communauté de culture et de civilisation de la France, de l'Allemagne et de l'Angleterre n'est qu'une raison de plus pour comparer leurs droits respectifs.

Malheureusement, la technique législative de l'Angleterre est trop différente de celle de la France pour que l'on puisse l'imiter à propos de la lésion, comme on pourrait le faire pour celle de l'Allemagne. Enfin, nous consacrerons

une courte section à la jurisprudence française, afin de nous rendre compte des difficultés qu'elle devait surmonter, pour comprendre toute l'insuffisance des textes actuellement en vigueur et pour mettre la réforme dans ses cadres.

Nous diviserons la matière en quatre chapitres :

- I. — *L'évolution historique.*
 - II. — *Les éléments constitutifs de la lésion.*
 - III. — *Les effets de la lésion.*
 - IV. — *Droit comparé.*
-

CHAPITRE PREMIER

L'évolution historique

N'ayant nullement l'intention de retracer, dans ce chapitre, l'évolution historique de la notion juridique de lésion, ce n'est pas une œuvre d'érudition que nous entendons faire ; mais au contraire, comme nous l'avons dit plus haut, le but de ce chapitre n'est que de rechercher les origines historiques du droit positif allemand actuel, origines plus ou moins éloignées, selon qu'elles constituent des antécédents législatifs dont les traces ont eu une influence plus ou moins accentuée lors de la légifération actuelle.

C'est, en même temps, cette influence qui, selon son degré, nous servira de norme pour l'ampleur que nous donnerons, en particulier, à chacun de nos développements.

SECTION I

LE DROIT ROMAIN

Les législations de l'antiquité n'ont pas eu, à proprement parler, une influence sur l'actuelle légifération allemande ; aussi les passerons-nous sous silence, exception faite pour le Droit Romain, qui, tout en ayant dans notre matière, une attitude foncièrement différente de celle du Droit allemand, nous est néanmoins indispensable pour une juste intelligence de tout le système actuel. Nombre d'enseigne-

ments sont à en retirer, d'abord, pendant la propre évolution du Droit Romain, et ensuite, à cause des empreintes bien marquées, qu'il a laissées dans les législations qui l'ont suivi.

Ce n'est naturellement pas à l'origine du Droit Romain que nous pourrions rencontrer la notion de lésion. Le formalisme rigide, en souverain absolu, n'admettait même pas la notion de dol. A fortiori, la notion plus subtile de lésion ne pouvait pas exister. Elle aurait été inconciliable avec la solennité des contrats, dont le lien obligatoire était interprété *ad literam*.

L'embryon de l'idée de lésion peut être trouvé dans la Loi des XII Tables. Cette loi fixait un taux légal des intérêts. Quiconque dépassait ce taux fixé par la loi, en se faisant promettre des intérêts supérieurs, devait subir la sanction édictée, en restituant le quadruple du surplus stipulé au-delà des limites permises. Cette disposition prouve bien le souci du législateur de protéger ceux qui, par leur situation économique inférieure, étaient amenés à respecter la loi du contrat que leur imposaient leurs cocontractants. (1)

A l'époque classique, même, il n'y a pas de réglementation concernant la lésion. Comme néanmoins, on était frappé par le manque d'équité de certaines situations, on chercha à y remédier par différents palliatifs que l'on puisait dans la procédure, et dont nous mentionnerons seulement le principal, la *restitutio in integrum*. L'intangibilité de l'autonomie de la volonté était un principe qui dominait avec une telle force, que Pomponius a pu dire :

In pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumscribere.

(1) Voir Girard, Manuel élémentaire de Droit Romain, 8^e édition, p. 547.

C'est seulement vers la fin du Droit Romain que la notion juridique de lésion prend naissance. Elle est consacrée par deux textes justement célèbres du Code Justinien. Le plus important, que Justinien nous présente comme provenant des Empereurs Dioclétien et Maximien, et, comme datant de l'année 285, est la fameuse Loi 2 C. IV, 44 : *Diocletianus et Maximianus A. A. Aurelio Lupo : Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituende emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias, minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Que ce texte ait été, ou non, interpollé, est une question à laquelle nous n'avons pas à répondre, parce que, quelque parti que nous prenions, cela ne peut en rien toucher à nos développements ultérieurs. C'est tout à fait en passant que nous faisons remarquer que, pour résoudre cette question, — qui a fait couler pas mal d'encre, — on penche, à l'heure qu'il est, plutôt vers l'hypothèse de l'interpollation. (2)

En tout cas, cette hypothèse une fois admise, devra viser alors aussi bien le second texte que le premier. Ce second texte, qui est moins précis et moins clair que le premier, qui constitue la célèbre Lex 8 du C. IV, 44, (3) et que Justinien nous présente comme datant de l'année 293, ap-

(2) Voir Gradenwitz, Bull. dell. istituto di diritto Romano, 1889, et Monnier, Etudes de Droit Byzantin, Nouv. Rev. Hist. 1900.

(3) « Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus
« ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus
« mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata
« venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum
« venumdatum significas ad rescindendam venditionem invali-
« dum est. Quod videlicet si contractus emptonis atque vendi-
« tionis cogitasses substantiam, et quod emptor viliori compa-
« randi venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc
« contractum accedant vixque post multas contentiones paula-

porterait, après un intervalle de huit années, une très précieuse confirmation de la réglementation du premier texte.

Ces deux constitutions posent donc le principe de la rescision de la vente pour lésion d'outre moitié. En même temps, les solutions qu'ils donnent ne prêtent à aucune confusion, toute la difficulté se résumant à la question de savoir si, oui ou non, le prix effectivement payé est égal à la moitié du juste prix. Ainsi, c'est un criterium tout objectif qui caractérise la lésion. On n'aura qu'à marquer le juste prix par *P* (Prix) et le prix effectivement payé par *O* (Obligation), et, toute la théorie de la lésion sera condensée dans l'équation mathématique : $P < \frac{O}{2}$ dont l'exactitude sera toujours la preuve de l'existence de la lésion. Nous sommes loin de toute considération psychologique ! La rigidité du Droit Romain, due à son formalisme, ne pouvait pas ne pas se révéler, même à l'occasion d'une notion, au fond aussi subjective que celle de lésion.

Cette constatation faite, nous ne nous arrêterons plus sur les multiples questions que soulèvent ces deux constitutions; nous nous contenterons de dire, comme conclusion, que, selon toutes probabilités, Justinien a posé en principe juridique la décision de Dioclétien relative à la vente.

Après Justinien, la Loi 2, restée en vigueur, est interprétée de façons différentes. Tandis qu'en Orient on lui donne une interprétation très restrictive, en Occident au contraire, on relève une tendance, — tout au moins, à partir du temps des glossateurs, — vers une interprétation d'un caractère nettement extensif.

« tim venditore de eo quod petierat detrahende, emptore autem
« huic quod obtulerat addende, ad certum consentiant pretium,
« profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis, atque
« venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem
« concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum
« vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi
« minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis,
« datum est, electione jam emptori prestita servanda. »

SECTION II

LE DROIT CANONIQUE

L'invasion des Barbares ne pouvait pas être favorable au développement de l'idée de lésion, il n'y a donc rien d'étonnant, — vu la mentalité de l'époque, — à ce que la lésion disparaisse complètement, et, à ce que Charlemagne la prescrive, à son tour : *Nemo propter hoc venditionis firmitatem irrumpat quod dicit se vili pretio vendidisse*.

Mais, au fur et à mesure que l'Eglise gagnait du terrain, la lésion, comme une notion éminemment morale, renaissait avec de nouvelles forces. C'est en vertu de la lésion que l'Eglise prohibe le prêt à intérêt, et, qu'elle donne naissance aux doctrines du juste prix et du juste salaire, qui affirment que, pour tout objet du contrat, il existe un juste prix, dont la détermination ressort des circonstances données au moment de la conclusion du contrat; c'est la *communis aestimatio* qui donnera toujours le juste prix. Ces doctrines pénétrèrent dans le Droit séculier, qui n'a pas hésité à appliquer la notion de lésion à tous les contrats, y compris la transaction.

La mesure d'interdire le prêt à intérêt, a été le premier triomphe de la lésion au Moyen Age; mais, étant trop radicale, cette mesure contenait, en elle-même, le germe de destruction de tout le système. Les nécessités vitales sont toujours plus fortes que le droit; or, le développement du commerce démontrait, par ses proportions de plus en plus grandes, l'anachronisme de la prohibition du prêt à intérêt, et il le démontrait si bien que la mesure prise contre l'usure, la favorisait peu à peu; en commençant par la tourner de

toutes façons, la prohibition du prêt à intérêt s'est trouvée complètement détournée de son but. Le juste prix a subi la même évolution. La distinction entre le *justum pretium*, *summum*, *medium et infimum*, constituait une brèche au principe lui-même, et, la doctrine du juste prix était condamnée.

L'expérience du Droit canonique prouve que le principe, juste en soi, de la lésion, requiert lui-même, une juste application. Et, par juste application, nous entendons faire la conciliation entre la lésion et l'autonomie de la volonté, réaliser l'harmonie entre la morale et la liberté. Ce sont deux notions qui se complètent, qui ne vont pas l'une sans l'autre ; *tant il est vrai* qu'en en considérant une seule, comme l'a fait le Droit canonique, le principe, même, qu'on préconise, se trouve faussé.

SECTION III

LE DROIT NATUREL

Pendant tout le Moyen Age, la philosophie en général — donc également la philosophie du Droit — était imprégnée par les doctrines ecclésiastiques. C'était le champ le plus fécond que la notion juridique de lésion eût jamais pu trouver. Mais, avec le xvii^e siècle, la toute puissance de l'Eglise va fléchir, faisant place à la philosophie du droit naturel. C'était le recul de l'idée de lésion devant le principe de l'autonomie de la volonté.

Déjà Grotius, le fondateur du Droit naturel, avait entrevu ce que la lésion présentait d'inorganique dans le système nouveau. Mais, ce n'a été que bien plus tard, après que Rousseau et Kant eurent donné à la théorie du Droit na-

turel tout son éclat, que la défaite de la lésion fut législative-ment consacrée.

On trouvait encore des vestiges de la lésion du Code Justinien, dans le Droit de quelques pays ou municipalités allemandes, lorsque le principe nouveau se fit jour dans le Droit des Etats prussiens. Or, ce droit là, devait engendrer le fameux Code prussien, lequel a été la première grande codification complète du Droit d'un Etat, œuvre très judiciaire, mais, d'une ampleur exagérée. Achievé en 1791, sa promulgation a été retardée par la Révolution française, jusqu'au 1^{er} juin 1794. C'est le vrai Code du Droit naturel.

Les cas où la validité d'un contrat pouvait être attaquée sont, jusqu'aux plus infimes détails, limitativement énumérés, et, ce n'est que déguisée en erreur, que la lésion y a trouvé une petite place. En effet, l'acheteur, et seulement lui, lorsqu'il a payé la chose plus du double de sa valeur, jouit de la présomption *juris tantum* d'avoir agi par erreur. Ce n'est donc pas la lésion mais l'erreur que la loi protège, et cela seulement jusqu'à la preuve contraire. La différence entre le Droit Romain et Français, d'une part, et le Droit Prussien, d'autre part, est que celui-ci ne connaît aucun cas de lésion ; cela explique que les premiers se placent au point de vue du vendeur, tandis que le second se place à celui de l'acheteur. Le Code civil français fait une place, peu importante, mais certaine à la lésion ; le Code prussien n'en veut rien savoir ; et, c'est tout au plus, en tant qu'erreur, qu'il s'en occupe. Or, en partant de ce principe, on comprendrait difficilement une pareille présomption en faveur du vendeur ; cependant, au profit de l'acheteur, elle devient plausible. C'est pourquoi le Code prussien déclare exprès que le vendeur ne peut pas s'en prévaloir.

Malgré cette différence essentielle entre le Droit Romain et le Droit Prussien, on peut, tout de même, relever des points communs, notamment en ce qui concerne les contrats aléatoires et l'évaluation du prix.

Puisque le Droit Romain n'applique pas la lésion aux contrats aléatoires, le Code prussien, à son tour, ne pouvait pas étendre la présomption à ce genre de contrats et se montrer ainsi moins catégorique dans ses principes exclusifs de l'idée de lésion. Après avoir énoncé dans le § 62 : « *On doit toujours prendre en considération la valeur que la chose a eue au moment de la conclusion du contrat,* » le § 66 décide : « *La présomption ne jouera pas en faveur de l'acheteur, lorsqu'il résulte du contrat même, de la nature de son objet..... que, lors de la fixation du prix, la valeur prise en considération n'était pas une valeur précisable, mais une valeur exceptionnelle.* »

Il n'était pas sans importance de noter ce point, puisque nous verrons que le droit positif allemand actuel, donne la solution inverse. Le second point, moins important pour nous, où l'on découvre l'influence du Droit Romain, se réfère à l'évaluation de la valeur. En réalité, le Droit Romain ne réglementait pas cette question, et, par conséquent, en droit tout au moins, l'évaluation dépendait de l'arbitraire du juge. Mais, en fait, le juge faisait presque toujours appel aux techniciens et spécialistes, dont les avis étaient déterminants pour lui. Cette tradition romaine a conquis le rang de règle de droit dans le Code prussien, suivi d'ailleurs, sur ce point, par le Code Napoléon.

Mais les différences sont plus significatives.

Le Droit Romain, suivi par le Code civil français, insérait pour l'acheteur la faculté de maintenir le contrat lé-

sionnaire, en payant le surplus dû, pour égaler la valeur de la chose (pouvant, d'après le c. civ. fr. retenir le dixième).

Cette disposition aurait été, naturellement, inconciliable avec le système prussien. Ils ne connaissent pas de lésion, sinon sous l'aspect d'erreur ; or, ce n'est pas en payant un supplément qu'on peut rendre valable un contrat entaché d'un pareil vice. Une fois le caractère lésionnaire du contrat établi, ou bien — pour parler selon le Droit prussien — une fois la présomption *juris tantum* d'erreur non renversée par la preuve contraire, le contrat est définitivement nul.

De cette notable différence de principe découlent d'importantes différences pratiques concernant les risques. Dans le Droit français, l'acheteur est placé devant une alternative, et, les effets seront différents selon sa décision. S'il préfère garder la chose et, pour cela, payer le surplus afin de compléter le montant de sa valeur, sous déduction du dixième, il devra en outre les intérêts de ce surplus, à partir du jour de la demande en justice ; et, c'est toujours à partir de cette date, qu'il devra les fruits de la chose, s'il choisit l'autre alternative, c'est-à-dire : rendre la chose et recevoir en échange, le montant effectivement payé. Dans le Droit prussien, l'alternative n'existant pas, la solution ne peut être qu'unique. Si l'acheteur lésé réussit à établir la nullité du contrat, il devra rendre la chose dans le même état où elle lui a été transmise ; donc, il sera tenu de toute détérioration survenue entre temps ; mais, il ne sera pas responsable d'un cas fortuit. En ce qui concerne les fruits de la chose et les intérêts du prix effectivement payé, la règle était de les considérer comme se compensant réciproquement, et, ce n'était qu'à l'occasion des ventes d'immeubles que les spécialistes intervenaient pour faire une comparaison effective entre les fruits

de la chose et les intérêts du prix, dûs à partir du jour de la demande.

C'est toujours selon la nature, meuble ou immeuble, de la chose, qu'est fixé le délai de la prescription, tandis que dans le Code Civil français, nous avons un délai préfixe de deux ans, ce qui révèle, une fois de plus, l'œuvre transactionnelle de ce code.

En résumé, nous avons vu que ce sont les mêmes courants philosophiques et sociaux qui ont influencé et la légifération du Code civil prussien, et celle du Code Civil français. L'une et l'autre portent le sceau du principe de l'autonomie de la volonté. Mais, tandis que le Code Civil français — à cause de son caractère général d'œuvre de transaction, et aussi, plus spécialement dans notre matière, à cause de l'intervention du Premier Consul — n'est pas allé jusqu'au bout, se contentant de restreindre seulement, autant que possible, la notion de lésion, le Code prussien n'a pas hésité à la condamner radicalement.

SECTION IV

LA LÉGIFÉRATION LIBÉRALE DU XIX^e SIÈCLE

Une étape très importante dans l'évolution de la lésion, étape qui constituera la dernière défaite de cette notion, est le courant libéral du XIX^e siècle, engendré par la vogue de la doctrine économique individualiste.

Les principes d'Adam Smith, exposés dans sa « *Richesse des nations* », gagnaient du terrain dans tous les pays d'Europe; or, les états allemands les recueillirent avec un grand enthousiasme, et, n'hésitèrent pas à les mettre en pra-

tique d'une façon plus péremptoire que l'Angleterre — pays où, après leur époque de gestation en France, ils ont véritablement vu le jour, — mais où le terrain ne pouvait pas leur être très propice, parce que trop imprégné de conservatisme. Pour nous rendre compte de la réelle portée que le courant libéral a eu sur le Droit, en Allemagne, nous allons esquisser brièvement la situation qu'il y a trouvée.

Nous avons vu que l'Eglise, en condamnant la moindre lésion, avait prohibé tout intérêt; par un mécanisme qui, aujourd'hui est de notoriété, en prohibant les intérêts on ne faisait que provoquer la lésion, les intérêts étant, en fait, plus lésionnaires que sous un régime de complète liberté. L'effet a donc été justement opposé à celui qu'on avait escompté, et, très tard, enfin, devant la brutalité des faits, on préconisa la réforme. On ne pouvait pas songer à laisser complètement libres les conventions de prêt, mais, on a vu le salut dans le Droit Romain, dans la réglementation du taux d'intérêts. Le Droit Romain, en effet, a servi d'exemple au législateur qui, copiant fidèlement ses dispositions, leur a donné force de droit. C'est tout au plus s'il a cru bon de réduire à 5 % le taux de 6 % de Justinien, d'introduire quelques exceptions — comme pour les commerçants, qui pouvaient exiger 6 % pour les Juifs, qui étaient privilégiés par 8 %, — et, de laisser complètement libre le taux d'intérêts payé par un grand commerçant qui ne donnait aucune garantie quant au prêt qu'on lui accordait.

La *læsio enormis* du Droit Romain a pénétré aussi dans le Droit de quelques pays allemands, mais, on était loin de penser à tout rapprochement entre elle et la lésion usuraire. On ne se rendait même pas bien compte de son

fondement, et, le tout, présentait une technique législative lamentable.

Telle était la situation lorsque, vers le milieu du xix^e siècle, le Droit allait être conquis par la vogue dont jouissait la doctrine libérale. Il va de soi que ce nouveau courant ne pouvait guère être favorable à l'idée de lésion, lui qui, en vertu de l'harmonie générale des intérêts individuels, préconisait la souveraineté du contrat basé sur l'autonomie absolue de la volonté. D'après la doctrine libérale, la moindre intervention du législateur, tendant à gêner en quoi que ce soit la volonté individuelle, constituait un réel danger pour l'harmonie commune, pour le progrès juridique et économique; c'est pourquoi elle se faisait un point d'honneur de demander l'abrogation de tout taux légal d'intérêt, ce qui, grâce au jeu de la libre concurrence, aurait comme conséquence la diminution du taux. Il était, en somme, logique de soutenir que si la prohibition signifie la hausse du taux de l'intérêt, la liberté absolue signifierait la baisse. Ainsi chacun poursuivant, en toute liberté, son propre intérêt tel que lui-même l'entendrait, il serait plus à même que quiconque de le réaliser; or, la somme des intérêts individuels réaliserait le summum de l'intérêt général. Cette doctrine, éminemment économique, a eu ses répercussions dans l'œuvre législative qui s'est manifestée par le même caractère de libéralisme prononcé.

La première grande conquête a été la loi du 14 novembre 1867, « *concernant les intérêts conventionnels* », laquelle a été en vigueur d'abord dans la fédération allemande du Nord, puis qui a continué aussi sous l'Empire. D'après cette loi, le taux de l'intérêt, comme le montant et la nature de l'obligation dans le contrat de prêt, ou tout autre contrat, sont

laissés à la libre appréciation des parties. Par là, le taux de l'intérêt ne subissait plus aucune entrave légale, ni d'ordre civil, ni d'ordre pénal. La seule concession était la faculté insérée au débiteur d'un taux supérieur au 6 %, de résilier le contrat, sous la condition d'en avertir son créancier au moins six mois à l'avance; par suite, il ne pouvait pas user de ce droit avant que six mois ne fussent écoulés depuis la conclusion du contrat. Toute convention par laquelle le débiteur renonçait à cette faculté était nulle, mais, d'autre part, conformément aux dispositions mêmes de la loi, le créancier pouvait toujours avoir la garantie que, au moins pendant une année, le contrat resterait en vigueur.

A la confection du *Handelsgesetzbuch*, le Code de commerce allemand, on devait forcément tenir compte d'une doctrine économique aussi en vogue que celle qui avait engendré le courant libéral. Dès la première lecture du projet, l'idée de lésion avait suscité d'après discussions, mais ses adversaires l'emportèrent, affirmant qu'il va sans dire que ce n'est pas à propos des affaires commerciales que la lésion pourrait être prise en considération. Les dispositions concernant l'erreur et le dol, suffisaient pour obvier à toute injustice choquante, qui pourrait se glisser dans les relations commerciales. Profitant de cette argumentation, les partisans de l'idée de lésion proposèrent, lors de la seconde lecture du projet, de maintenir le contrat lésionnaire seulement en tant qu'il aurait le caractère commercial — c'est-à-dire au cas où la lésion serait subie par une personne pour laquelle le contrat serait commercial — mais, d'admettre la nullité, si la lésion était du côté de son cocontractant, si, du côté de celui-ci le contrat était purement civil. Le raisonnement pouvait paraître judicieux, mais on a fait valoir qu'avec cette solution,

l'égalité de droit qui doit régir la conclusion de tout contrat, serait rompue. Enfin, après avoir critiqué sévèrement l'arbitraire du criterium objectif de la lésion du Droit Romain, les dernières tentatives faites en faveur de l'introduction de la lésion dans le Code de commerce allemand, ont, lors de la troisième lecture du projet, définitivement échoué.

Le courant libéraliste a, également, marqué son empreinte dans la loi douanière de 1818. On remarquera, d'ailleurs, que si c'est en Prusse que la doctrine nouvelle avait trouvé son terrain le plus fertile, néanmoins, toutes les légiférations entreprises à ce moment là, sont, sans exception, exclusives de l'idée de lésion. Ainsi, sur toute la ligne, le succès du courant libéraliste se concrétisa, avec assez de rapidité, dans les normes de Droit des états allemands.

Mais c'était là aussi toute son hégémonie. La guerre franco-allemande devait signifier, à la fois, et la décadence de cette doctrine, et la résurrection de la notion juridique de lésion, qui, désormais, progressera sans la moindre défaite, pour s'affirmer, à l'heure actuelle, d'une façon plus catégorique qu'elle n'avait jamais pu le faire dans toute l'histoire du Droit allemand, et, même du Droit mondial.

SECTION V

LES PRÉCURSEURS DU DROIT POSITIF ACTUEL

Les répercussions désastreuses qu'a eues la guerre franco-allemande, sur l'économie des deux pays, ont été, bien souvent, mises sur le compte de l'école libérale. D'autre part, le chaos d'après-guerre réclamait une politique protectionniste, et les circonstances corroborant, un projet de tarif

douanier avait été mis sur pied. Ce projet défilait toute doctrine individualiste ; aussi, lorsqu'après un débat fameux, il eut acquis force de loi, l'école libérale en Allemagne, se trouvait ébranlée. Son influence sur la législation est, désormais, annihilée, et, les victoires successives de l'idée de lésion, tout en étant encore en fonction de l'économique, gagneront, peu à peu, un caractère plutôt moral et juridique.

Les prévisions de l'école libérale, concernant la baisse du taux de l'intérêt, s'étaient avérées complètement fausses. L'usure mettait la loi à son profit pour réaliser les iniquités les plus funestes, et, la réaction dut réclamer, énergiquement au législateur, de mettre un frein à un état qui, à la suite de la guerre, s'était aggravé. C'est de cette réaction que sont nés les précurseurs de l'article 138 c. civ. all., qui est actuellement en vigueur.

Le premier pas a été fait par la très importante loi du 24 mai 1880, dont le premier article sanctionne pénalement l'usure. Sa rédaction présente, *mutatis mutandis*, une frappante similitude avec celle de l'article aujourd'hui en vigueur (4). Ses auteurs ont donc eu le courage, en rompant avec toute la tradition, de mettre l'élément objectif de la lésion, sur le second plan, et, de voir dans l'élément subjectif, le vrai criterium de la lésion. Le rapport de ces deux *criteria* de la notion de lésion est le même qu'aujourd'hui, et, il n'est que juste de la part du juriste de reconnaître le grand mérite du législateur de 1880, qui, en posant le principe nouveau, a su, avec beaucoup d'ingéniosité, lui donner une aussi

(4) « Celui qui, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, en échange d'un prêt ou d'un atermolement, une promesse ou une prestation qui dépassent le taux habituel de l'intérêt, de telle sorte qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages sont dans une disproportion évidente par rapport à sa propre prestation, sera puni pour le délit d'usure. »

juste fonction, une fonction aussi organique, dans la notion juridique de lésion. Nous verrons pourquoi cela constitue un progrès des plus considérables, que d'avoir réussi d'une façon aussi heureuse, à briser les bornes mécaniques, si rigides et si arbitraires, de la conception romaine de lésion, conception qui, depuis sa naissance, avait été considérée comme le propre organisme de la notion de lésion. Peut-être que, si les auteurs de la loi, à côté de leur esprit juridique proprement dit, — lequel leur a permis d'inventer le principe, — n'avaient pas été d'aussi bons techniciens réussissant à lui donner la meilleure application, toute la conception nouvelle de la lésion n'aurait pas fait grande fortune ; mais élaborée, dès son début, telle qu'elle a été, et, continue à l'être, l'avenir lui était assuré.

La loi de 1880 était, tout d'abord, une loi de caractère pénal ; ainsi, les peines qu'elle prévoyait étaient augmentées si l'usurier obtenait les avantages lésionnaires par lettre de change, déguisée sous la garantie de l'honneur, sous serment, ou, autres moyens similaires. La sanction civile est la nullité absolue.

Une fois la nouvelle conception de la lésion admise, la difficulté, de beaucoup la plus grande, était surmontée ; par la suite, toute l'œuvre législative concernant la lésion, se résumera à perfectionner le nouveau système. En effet, la loi de 1880, comme tout début, présentait des imperfections, dont la plus gênante était de ne considérer qu'une lésion spéciale, celle de l'usure (*Kreditwucher*). Dans son magnifique effort d'émancipation, la loi de 1880 a subi, quand même, l'empreinte de la tradition qui faisait une séparation entre la lésion par usure et la lésion en général, qu'elle appelait : « usure réelle » (*Sachwucher*), et ainsi, ce n'était qu'à l'u-

sûre proprement dite que la loi de 1880 pouvait être appliquée.

Cette grave lacune aurait pu être comblée par la loi du 19 juin 1893, qui sanctionna toute lésion, sans exception, et d'après les mêmes *criteria* que la loi de 1880. Hélas ! c'était une sanction plutôt théorique, puisque la loi a cru bon d'exiger, pour l'usure réelle, un élément de plus : l'habitude ou la profession ordinaire, de la part du lésant. Or, la preuve de cet élément incombait naturellement au lésé, qui n'était que trop rarement à même de la fournir. Il est fort probable, au contraire, que le lésé a ignoré que son cocontractant eût l'habitude de léser ainsi ceux qui contractent avec lui, car, s'il en avait eu la moindre preuve, il se serait soigneusement gardé de conclure un contrat lésionnaire avec une telle personne. Ainsi, dans la plupart des cas tout au moins, la loi était impuissante. Si elle s'était contentée d'exiger les éléments de la loi de 1880, elle aurait été appliquée ; mais ainsi, en demandant un élément de plus, elle reprenait d'une main ce qu'elle avait donné de l'autre, comme on l'a très judicieusement remarqué. Son application, d'ailleurs, ne répondait pas davantage à l'équité. Une personne qui a conclu un petit nombre de contrats plus ou moins avantageux pour elle, risquerait, à l'occasion d'un nouveau contrat avantageux, de le voir déclarer nul, sous le motif de son « habitude ». D'autre part, un individu qui, professionnellement s'occupe de semblables affaires, sera plus à même — précisément à cause de son « habitude » — de prendre toutes les précautions utiles pour obvier à la nullité d'un contrat lésionnaire. Illogique en fait et peu juridique en droit, la loi a été un faux-pas du législateur. Mais, ce qui est à retenir, c'est que, malgré les défauts de la loi de 1893, le législateur, par ce faux-pas,

a tout de même marqué une étape de plus vers la généralisation de l'idée de lésion.

Lors de la confection de l'œuvre monumentale qu'est le Code Civil allemand actuellement en vigueur, on a tenu compte de tous les faits si instructifs qui se déroulèrent à propos de la lésion, pendant quinze ou, peut-être dix-sept siècles, et, on est arrivé à l'actuelle rédaction de l'article 138 du Code Civil allemand. Tout en n'étant pas infallible, il est toujours assez, parfaitement conçu pour permettre, à la jurisprudence, une fidèle interprétation, qui, nous le verrons, étend, d'une part, le plus possible la sphère de la lésion, d'autre part, sauvegarde, en même temps, la sûreté du commerce juridique.

CHAPITRE II

Les éléments constitutifs de la lésion

SECTION I

L'ARTICLE 138 DU CODE CIVIL ALLEMAND

Le célèbre article 138 du Code Civil allemand, dans la traduction officielle de la Société de Législation Comparée, est le suivant :

« Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est nul.

« Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'impérience d'autrui obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante. »

C'est donc le deuxième alinéa de l'article 138 C. Civ. all. qui constitue le propre domaine de la lésion. Mais, comme la rédaction même de l'article (par les mots « en particulier ») l'indique, le deuxième alinéa est considéré comme un cas spécial d'application du principe général énoncé par le premier alinéa. La conséquence logique en est, que si l'un

des éléments du deuxième alinéa fait défaut, le contrat peut néanmoins remplir les conditions plus générales du premier alinéa et être nul, en tant que lésionnaire *lato sensu* (1). La différence est que lorsque les *criteria* du deuxième alinéa se trouvent tous réalisés, le contrat lésionnaire est présumé *juris et de jure* immoral et, par conséquent nul (2). Tandis que, si l'un des éléments requis par le second alinéa fait défaut, cette présomption ne joue plus et il y a à voir si le contrat ne doit pas être nul, en vertu du premier alinéa, en tant que relevant, par une autre circonstance quelconque, de l'immoralité. (3)

Une pareille circonstance qui, indépendamment du second alinéa, pourrait rendre un contrat qui est lésionnaire *lato sensu* nul en vertu du premier alinéa, serait par exemple une malhonnête exploitation de la pénurie d'argent ou du marché, survenue à la suite d'une guerre (4). Ce serait, aussi bien, l'insertion d'une clause pénale, qui constitue toujours un champ d'investigation du juge allemand, et qui pourra être déclarée immorale. Nous pensons au bailleur qui, sans avoir la moindre intention d'en profiter, fait insérer dans le contrat de bail à ferme que le preneur est tenu, au moindre manque à ses obligations, de payer le fermage entier, sans plus jouir du bail (5). Il se peut très bien qu'il

(1) Warn 09, p. 494; O. L. G. Munich 15.10.05. Seuff. t. LXXIII, p. 388; R. G. t. LXIV, n° 44, p. 181; R. G. t. LXXII, n° 16 (1), p. 61.

(2) R. G. 18.4.05. Seuff. t. LXXI, p. 37 et Hodheims. M. S. t. XIV, p. 215; R. G. t. LXXII, p. 69.

(3) I. W. 06, p. 735.

(4) Warn 916, n° 2; L. Z. 1921, p. 216 n° 1; R. G. t. XC n° 100, p. 400 du 11 VII 1917. R. G. t. XCIII, n° 34, p. 106 du 4. V. 1918 qui condamne, en vertu du premier alinéa de l'art. 138, une Société d'industrie textile, pour avoir lésé, en mettant à son profit la situation économique causée par la guerre.

(5) R. G. t. CIII, n° 14, p. 35 du 14 X. 1921 où la Cour, trouvant le premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all. applicable, ne cherche plus si le deuxième alinéa le serait aussi. Le 15 avril, le défendeur avait pris le bail à ferme, d'une propriété que le demandeur

n'y ait pas d'exploitation, le deuxième alinéa serait donc écarté; mais, le contrat sera déclaré immoral en raison de la clause léonine, et déclaré nul, en vertu du premier alinéa. En résumé, une circonstance quelconque qui révèle l'immoralité, peut être suffisante pour que le juge puisse appliquer le premier alinéa, sans plus examiner si le contrat lésionnaire *lato sensu* est, ou non, lésionnaire d'après les éléments du second alinéa. (6)

Mais, d'autre part, la simple disproportion des obligations, si énorme qu'elle soit, ne pourra jamais, à elle seule, sans qu'un autre élément s'y superpose, justifier l'application du premier alinéa. A bon droit, la jurisprudence a

devait acheter. Fin avril, le défendeur ne reconnaît plus le contrat alléguant qu'il est lésionnaire. La Cour d'Appel de Berlin maintient sa validité, mais, la Cour de Cassation infirme l'arrêt de la Cour d'Appel, lui reprochant d'avoir considéré uniquement le deuxième alinéa de l'art. 138 C. Civ. all. La clause, en vertu de laquelle le demandeur peut, à son gré, réduire le bail à la moitié de la propriété, tout en gardant l'acompte reçu en entier, est reconnue par la Cour comme une clause défavorable, mais quand même insuffisante pour constituer la disproportion choquante. La Cour de Cassation relève qu'à cette clause s'en ajoutent d'autres, comme celle en vertu de laquelle le défendeur, à la première négligence dans l'accomplissement de ses obligations, ne pourra plus jouir du bail, tout en restant débiteur du fermage; comme celle qui dispose qu'à la mort du défendeur, ses héritiers peuvent dénoncer le contrat, mais à la condition de renoncer à l'acompte. Or, si la Cour d'Appel ne voit pas le cas de besoin, elle devrait relever celui de légèreté. C'est le cas de dire, que le défendeur, en acceptant toutes ces clauses, ne s'est pas rendu compte de la gravité de leurs conséquences, et, cela justement, par négligence ou irréflexion. Par surcroît, son inexpérience dans les affaires est prouvée, et le demandeur le savait à la conclusion du contrat. Sans même en appeler aux différents éléments du deuxième alinéa de l'art. 138 C. Civ. all., le contrat est déjà nul, d'après le premier alinéa. Vu les termes du deuxième alinéa, l'on doit conclure que la disproportion matérielle est à elle seule insuffisante pour appliquer l'alinéa premier. Mais, cela n'exclue pas son application, si d'autres circonstances, soit à elles seules, soit en corroborant la disproportion, la justifient. Or, les clauses immorales, réunies aux circonstances de fait, rendent, dans le cas présent, le contrat immoral, d'après son contenu, et, d'après les circonstances. Par conséquent, le premier alinéa étant applicable, il est inutile d'examiner l'applicabilité du deuxième alinéa.

- (6) O. L. G. Stuttgart dans Rspr., O. L. G. t. VIII, p. 421; R. G. t. XLVIII, n° 64, p. 296; R. G. t. LXIII, n° 48, p. 179; R. G. t. LXVII no. 29, p. 101, où la clause lésionnaire qui lie le débi-

toujours été ferme à ne pas voir d'immoralité dans le simple fait de la disproportion matérielle. D'ailleurs, si *par absurdum* elle l'avait fait, on aurait fort risqué, croyons nous, d'arriver par le chemin du premier alinéa, à l'ancienne « *laesio enormis* ». (7)

Donc, pour appliquer le premier alinéa, le juge doit trouver une circonstance, si minime soit elle, qui corrobore

teur pour de longues années, rend le premier alinéa applicable. R. G. t. LXXII no. 16 (1), p. 61, du 19 X. 1909, où tout en prononçant la lésion, la Cour ne fait pas le choix entre le premier et le deuxième alinéa. R. G. t. LXXVIII no. 62, p. 282 du 19 XI 1911; R. G. t. CXXVIII no. 42, p. 251 du 15 février 1929 : La Cour d'Appel de Berlin ayant estimé le contrat de prêt non lésionnaire; mais, la Cour de Cassation condamne cette opinion et applique l'alinéa premier de l'art. 138 C. Civ. all. parce que le lésant s'est rendu compte, au moment de la conclusion du contrat, de l'impossibilité, pour le lésé, de payer régulièrement les intérêts stipulés. Or, il est à l'encontre des bonnes mœurs de stipuler d'assez gros intérêts d'une personne indigente et en état de chômage. On doit, ensuite, relever des clauses comme celle en vertu de laquelle le prêt est instantanément remboursable, si le lésé fait le moindre essai de manquer seulement, à l'une quelconque de ses obligations. La clause, aussi, qui permettait au lésant de choisir à lui seul le spécialiste qui devait estimer l'objet du contrat de vente connexe au contrat de prêt. Ainsi, l'emprunteur est en proie à l'arbitraire du prêteur. Somme toute, le contrat entrave tellement la liberté de l'emprunteur, et la disproportion matérielle est telle, que le contrat est à l'encontre des bonnes mœurs. La Cour d'Appel a cru devoir faire intervenir les risques du lésant, mais, ces risques, vu les garanties données par le lésé, n'étaient pas considérables et nul risque ne pourrait justifier une telle emprise sur la liberté du cocontractant. L'allégation du lésant que de pareils contrats de prêt ont pris une grande vogue, autant à l'étranger qu'en Allemagne, ne change nullement le caractère immoral. Etant donné l'applicabilité du premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all., il est inutile de rechercher si le second alinéa est aussi applicable, ce qui paraît probable. La Cour casse..., etc.

- (7) R. G. t. CIV no. 99, p. 327 du 6. IV. 1922 ; R. G. t. CVIII, p. 327 ; R. G. t. CXII no. 74 (1), p. 345 du 16 I 1926 ; O. L. G. Karlsruhe dans Bad. Rechtspraxis 1900, p. 176 ; R. G. t. LXIV no. 44, p. 181 du 13 octobre 1906, est l'arrêt où la Cour a été appelée, pour la première fois, à répondre catégoriquement, si le contrat qui présente une disproportion choquante des obligations, — sans répondre aux autres éléments du deuxième alinéa de l'art. 138 C. Civ. all. — peut ou non être déclaré nul, en vertu du premier alinéa. La Cour ne l'admet pas, exigeant, de plus, une circonstance nouvelle. Le seul fait de la disproportion ne suffit pas, n'étant pas par lui-même immoral. Pour qu'il y ait lésion, on doit, en outre, relever des faits qui caractérisent la conduite du lésant, indiquant l'exploitation.

rée par la disproportion, soit à même de donner au contrat le caractère de contraire aux bonnes mœurs.

La conclusion qui se dégage est que le législateur a nettement entendu considérer le deuxième alinéa comme une disposition spéciale du principe général posé par le premier alinéa ; toutefois, ou justement par cela, les éléments du second alinéa ne peuvent pas caractériser, à eux seuls, les hypothèses très variées auxquelles le premier alinéa serait applicable ; il y aura forcément des éléments moins consistants et des considérations beaucoup plus larges.

Mais la jurisprudence, trouvant le cercle du second alinéa trop étroit pour y englober les cas de lésion proprement dite, penche beaucoup à l'élargir, en se servant du premier alinéa, même là où le législateur a entendu appliquer exclusivement le second. Il est très significatif, pour l'évolution de la notion de lésion, comment on craignait, et on craint encore en France, qu'un principe général, tel que le pose le Code Civil allemand, ne soit trop dangereux pour la sûreté du commerce juridique. *Voilà que les faits démontrent justement le contraire, et que les juges trouvent le second alinéa trop étroit.* Cette évolution jurisprudentielle est bien marquée par la formule suivante qui se rencontre de plus en plus fréquemment : « *Il est contraire aux bonnes mœurs que celui qui jouit d'une situation économique puissante, tire un profit excessif de la situation moins bonne d'autrui.* » (8)

Voilà donc un principe d'équité, très général, et qui rappelle l'œuvre de la jurisprudence anglaise. Et, puisque la sûreté du commerce juridique ne s'en est nullement ressentie, un pareil principe, en bonne justice, ne peut qu'être

(8) Gruch. t. LV, p. 883 ; Warn. 913 no. 129 ; I. W. 12, p. 457 no. 3 ; R. G. t. XCIII no. 34, p. 106 ; R. G. XC no. 45, p. 181 du 27 avril 1917 ; R. G. t. XC no. 100, p. 400 du 11 juillet 1917.

approuvé. D'ailleurs, la jurisprudence allemande n'a pas craint de faire un pas de plus dans cette voie, en admettant « la nullité de tout contrat dont l'objet est l'exploitation excessive d'une des parties. » (9) Voilà une conception de la lésion qui peut être celle de la jurisprudence anglaise transposée dans un pays « où les juges ne font par le droit ». Le Droit ne peut que s'en flatter, comme pour tout terrain qu'il gagne dans la sphère de la morale.

On peut reprocher à cette jurisprudence d'être prétorienne; mais, elle pourrait répondre : « Les éléments constitutifs de la lésion, sont, il est vrai, contenus dans le deuxième alinéa de l'art. 138 C. Civ. all., mais, si un contrat, lésionnaire en fait, risque, faute de l'un des éléments du premier alinéa, de ne pas l'être en droit, nous faisons appel au premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all. pour prononcer la nullité, en raison directe de l'immoralité du contrat, immoralité qu'on dégagera des différentes circonstances lésionnaires. »

En appliquant ainsi le premier alinéa, la jurisprudence peut très bien ne pas être prétorienne. (10) Mais, d'autre part, elle risque fort de le devenir si les circonstances qui

(9) R. G. t. CIII, no. 14, p. 35.

(10) R. G. t. LXIV, no. 44, p. 181; R. G., t. CXIV, no. 99, p. 327; R. G., t. LXXXIII, no. 2, p. 110 du 24 IX. 1913; R. G., t. XCVII, no. 73, p. 253 du 6 XII 1919: La Cour de Cassation reproche à la Cour de Düsseldorf de croire pouvoir appliquer l'alinéa premier de l'art. 138 C. Civ. all. à raison de la disproportion matérielle. Or, si la disproportion, à elle seule, n'est pas suffisante pour l'application du second alinéa, elle ne l'est pas non plus pour l'application du premier, qui contient le principe plus large, dont le deuxième alinéa fait, en partie, l'application. C'est ce qui résulte de la rédaction même de l'article. (Référence R. G., t. LXIV, no. 44, p. 181 analysé par nous plus haut.) Pour que le premier alinéa soit applicable, d'autres circonstances, en plus, seront nécessaires, afin de caractériser l'immoralité. (Référence R. G., t. LXXXVI, no. 72, p. 296.) Les circonstances doivent être telles qu'elles rendent le contrat, — d'après son contenu et ses fins, — à l'encontre du bon sens de l'équité des honnêtes gens. Il faut, notamment, prendre en considération la mentalité de la société et de la classe sociale à laquelle appartiennent les cocontractants. (Référence R. G., t. LXIII, p. 391.) Il ne faut pas

sont appelées à révéler l'immoralité ne sont pas bien caractérisées. Pour mettre bien en évidence comment la jurisprudence peut utiliser le premier alinéa, sans empiéter sur le domaine du second, nous prendrons l'exemple d'un contrat de société dont le but est la spéculation dans les affaires lésionnaires; un pareil contrat est nul, en vertu du premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all. Mais, on remarquera que la nullité ne se prononce pas à raison d'une lésion proprement dite; c'est en raison directe de l'immoralité qui est à la base du contrat, que le premier alinéa sera appliqué. (11)

oublier qu'un risque considérable justifie, non seulement un gain considérable, mais aussi certaines clauses conventionnelles qui seraient plus ou moins gênantes pour l'autre partie. Naturellement, on doit garder la mesure et ne pas lier une personne pour de longues années, en la faisant tomber dans une dépendance inadmissible. Dans les relations commerciales, en particulier, le débiteur en usant du crédit perd de son indépendance. Une telle dépendance, par elle-même, n'a rien d'immoral et c'est à la personne qui s'engage, de réfléchir, et de se rendre compte si elle sera compensée par les avantages du crédit. Par conséquent, lors d'une affaire de crédit accordé à des conditions rigoureuses, faute des éléments lésionnaires du second alinéa, le premier ne sera que rarement appliqué et seulement dans certaines circonstances qui révèlent l'immoralité. En ce qui concerne le côté subjectif : On dit souvent que, lors d'une action immorale, il importe peu si le commettant a été conscient ou non du caractère immoral de son action. En règle générale cette affirmation est exacte, en tant que le commettant aurait pu s'imaginer agir honnêtement. (Référence R. G., t. LXXII, no. 69.) Mais, dans un cas comme celui-ci, il est indispensable qu'il se soit rendu compte des circonstances objectives qui rendent son action immorale. Le créancier, par exemple, doit savoir que le lésé, à la suite de sa situation, tombe, par ce contrat, dans une dépendance immorale envers lui, parce que s'il considère son débiteur comme une personne parfaitement solvable, qui pourrait se procurer, aussi bien ailleurs, la somme qu'il lui faut, il n'y pourra pas être de l'immoralité. Mais, il est bien entendu qu'on n'exige nullement, de la part du lésant, une intention préalable d'amener son débiteur dans sa dépendance; la simple conscience du fait est suffisante pour appliquer le premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all.

(11) O. L. G. Braunschweig, Seuff., t. LXV, no. 89.

SECTION II

L'ELEMENT SUBJECTIF

§ I. — L'EXPLOITATION

L'exploitation, par le lésant, du besoin, de la légèreté, ou de l'inexpérience du lésé, constitue l'élément subjectif de l'art. 138, al. 2, C. Civ. all. (12) Nous verrons, par la suite, que la jurisprudence considère le besoin, la légèreté ou l'inexpérience du lésé, simplement comme différentes manifestations de la situation défavorable, nécessiteuse du lésé, dont le lésant profite. (13) Aussi, dans nos développements, nous emploierons souvent ce terme synthétique, de « situation nécessiteuse », toutes les fois que l'exploitation ne vise pas, en particulier, une des formes sous lesquelles, — selon les termes de la loi, — la précarité de la situation du lésé peut se présenter.

L'élément subjectif, étant le criterium primordial de la lésion, est absolument indispensable pour que l'art. 138, al. 2, C. Civ. all. puisse être appliqué. (14)

C'est toujours l'élément subjectif qui marque, le plus, la différence entre les deux alinéas de l'art. 138, C. Civ. all. Tandis que le premier alinéa ne demande, pour ainsi dire, aucun élément subjectif, dans le second alinéa il est essentiel, puisque c'est justement en son nom que la lésion est sanc-

(12) R. G., t. LX, no. 3, p. 9; R. G., t. LXXXVI, no. 72, p. 300; Gruch XLVI, p. 897.

(13) St. t. XVII, no. 113, p. 440.

(14) R. G., t. CXXII, no. 42, p. 25 du 26 octobre 1928 (S. P. et Cie contre P. R. et Cie) : La Cour de Cassation confirme l'arrêt de la Cour d'Appel de Karlsruhe, qui, à propos d'un contrat de bail d'un hôtel, applique simplement la loi sur les loyers, se refusant à voir une lésion, parce que l'exploitation n'a pas pu être prouvée.

tionnée. Il est, de plus, d'une indéniable utilité, l'inconsistance de l'élément objectif étant, grâce à l'élément subjectif, grandement atténuée, ce qui est d'une importance capitale pour la sécurité du commerce juridique (15).

Nous avons vu que si le législateur sanctionne la lésion, il le fait en tant qu'il voit dans l'élément subjectif, c'est-à-dire dans le fait d'exploiter la situation précaire d'autrui, une action qui est à l'encontre des bonnes mœurs; dès lors, on comprend facilement que la jurisprudence exige, pour prononcer la nullité du contrat lésionnaire, que le lésant ait agi sciemment dans son action d'exploiter la situation du lésé, qu'il se soit rendu compte, au moment de la conclusion du contrat, du fait de tirer partie de la précarité de la situation du lésé. (16) En effet, on pourrait difficilement reprocher une action immorale au lésant qui, tout en concluant un contrat lésionnaire, n'était pas conscient de son caractère lésionnaire, mais, au contraire, le jugeait comme un acte des plus équitables (17). Dans ce cas là, le contrat objectivement lésionnaire, sera valable, puisque l'immoralité en vertu de laquelle la loi déclare nul un contrat, ne pourrait être révélée. Or, ce n'est qu'en tant qu'immoralité que la lésion est sanctionnée.

D'ailleurs, la solution contraire, celle qui punirait tou-

(15) Els. Loth. XXVI, p. 415.

(16) J. W. 05, p. 366, no. 3; St., t. XII, no. 91, p. 303; St., t. XI, no. 114, p. 388; St., t. IV, no. 141, p. 390 du 13 juillet 1881: C'est l'arrêt type qui a été rendu peu de temps après la mise en vigueur de la fameuse loi de 1880, et dont le principe continue à être appliqué par la jurisprudence, également sous le régime des textes actuels, qui n'ont rien changé à ce point de vue. L'arrêt déclarait nul le contrat par lequel un créiteur « qui sachant que son débiteur ne pourra pas payer sa dette à l'échéance, lui accorde un atermolement, en se faisant promettre des intérêts de 60 %, qui sont en disproportion évidente..., etc. »

(17) R. G. 11. 10. 11. V. 602, Archiv für Strafrecht und Strafprozessordnung, t. LXXII, p. 59.

te exploitation, sans se soucier si elle a été accomplie sciemment ou non, serait une solution extrêmement dangereuse pour la libre circulation des biens; plus encore, une pareille solution mériterait à bon droit le reproche d'attenter à l'autonomie de la volonté, reproche, qu'à tort, on a fait aussi à la première solution. (18)

Si, pour admettre la lésion, la jurisprudence ne se contente pas de ce que le lésant ait mis à profit la situation nécessaire du lésé, mais, demande encore qu'il se soit bien rendu compte de son acte, bref, qu'il l'ait exploitée sciemment, en revanche, la jurisprudence ne va pas plus loin, n'exigeant pas, pour prononcer la lésion, une véritable intention de léser, un dessein préconçu de la part du lésant (19).

En résumé, la jurisprudence estime que la conscience d'exploiter est, à la fois, et nécessaire, et suffisante (20). Pour se rendre bien compte de ces subtilités psychologiques de la jurisprudence, nous prenons un cas concret : le lésé, se trouvant dans une situation nécessaire, fait une offre au lésant; celui-ci se rendant tout de suite compte du grand profit qu'il en tirerait, ne fait qu'accepter. Sa position est donc toute passive; il ne fait qu'acquiescer à la proposition du lésé; mais, ce faisant, il exploite sciemment la situation du lésé. D'une part, il y aura donc lésion, tandis que, d'autre part, l'on peut constater qu'il n'y avait, de la part du lésant, aucune intention préalable de s'enrichir au

(18) O. L. G. Hamburg dans *Mugdan*, t. VII, p. 422.

(19) J. W. 07, p. 167 no. 4, *Rspr. O. L. G.*, t. VIII, p. 422, *Rspr. O. L. G.*, t. XII, p. 239, *Bayr. O. L. G.*, t. III, p. 427.

(20) D. Z. 06, p. 205, *Rspr.*, t. XII, p. 239, O. L. G. Kiel dans *Neumannsz.* t. III, p. 49; O. L. G., *Stuttgart Rspr.*, t. VIII, p. 421 : *St.*, t. XVIII, no. 113, p. 424, est l'arrêt où la Cour marque bien la différence avec le « *dolus eventualis* ».

détriment du lésé (21). Mais, le cas qui vient d'être présenté, et, où l'on a supposé réunis tous les éléments constitutifs de la lésion, ne doit toutefois pas être confondu avec celui où, tout en profitant d'une conjoncture favorable, la lésion, faute d'un des éléments constitutifs, ne pourra pas être relevée. (22)

Aux termes mêmes de la loi qui dit : « à soi même, ou à un tiers », la lésion ne doit pas nécessairement profiter directement au lésant, mais aussi bien, à une tierce personne. Par conséquent, en donnant la définition de l'exploitation, pour être complet, il faudra dire : c'est l'action par laquelle

(21) Ce principe a été déjà posé, sous le régime de la loi de 1880, par l'arrêt St., t. III, no. 82, p. 218 du 10 janvier 1881. La Cour condamne l'opinion du tribunal de Wiesbaden, qui croyait « devoir maintenir la validité du contrat lésionnaire, parce que le lésant n'ayant pas la moindre attitude agressive, on ne pouvait pas voir, dans la passivité, une action d'exploiter. La Haute Cour trouve que, ni la pensée du législateur, ni les textes de loi, ne permettraient une pareille interprétation de la notion juridique d'exploitation. Bien au contraire, il importe peu que la méthode employée par le lésant, pour obtenir l'avantage lésionnaire, ait été active ou passive. Dans le cas concret, les circonstances ont fait le nécessaire afin que le lésant soit dispensé de toute peine pour amener le lésé à s'obliger ; le lésant n'a fait qu'accepter, mais puisqu'il l'a fait en toute connaissance de cause, il y a exploitation. Si, malgré tout, il n'y a pas de lésion, c'est seulement parce que l'élément objectif..., etc. » Les principes posés par cet arrêt, se retrouvent les mêmes dans la jurisprudence du Code Civil allemand, ainsi, par exemple : R. G. t. LX, no. 3, p. 9 du 7 janvier 1925. S. M. *contra* Société anonyme S. L. A. La Société demande le paiement du prix de la vente. Le défendeur s'y refuse, invoquant l'exploitation, de son inexpérience. La Cour d'Appel de Kiel ne voit pas d'exploitation, mais la Cour de Cassation infirme son arrêt : « La Cour d'Appel ayant une notion trop étroite de l'exploitation, puisqu'elle exige nécessairement une intention de profiter de l'inexpérience. Or, la simple conscience d'en user est suffisante. Connaître l'inexpérience de quelqu'un, et, conclure avec lui un contrat où il y a une disproportion évidente des prestations, est suffisant pour qu'il y ait lésion. C'est là ce que la loi exige, mais c'est, en même temps, ce dont elle se contente. La Cour d'Appel a donc, tout simplement à rechercher si le lésant a, oui ou non, connu la situation du lésé. » Déjà, ces deux anciens arrêts marquent l'analogie entre la conception de la jurisprudence anglaise et celle de la jurisprudence allemande, qui, toutes les deux, s'attachent plutôt à la conduite du lésant.

(22) I. W. 05, p. 366 no. 3, I. W. 13, p. 483, no. 3, R. G., t. LXXXVI, no. 72, p. 296.

le lésant met, sciemment, à son profit, ou, à celui d'un tiers. la situation besogneuse du lésé. (23)

De même qu'elle peut profiter à un tiers, l'exploitation peut aussi bien avoir un tiers comme objet. Ce serait lorsqu'on conclut un contrat lésionnaire avec une mère, en comptant sur le besoin de son fils. Mais, dans de pareilles hypothèses, il n'y a pas de distinction juridique à faire, puisque ce sera, quand même, la propre situation du lésé qui sera exploitée. Il importe peu, en effet que la précarité de la situation du lésé ait été causée par celui-ci, ou bien qu'elle ne soit que la répercussion d'une autre situation besogneuse, qui sera habituellement celle de l'un de ses proches; et même si cela pouvait avoir de l'importance du point de vue du lésé, il va de soi que cela ne pourrait influencer en rien sur le caractère plus ou moins immoral de l'action du lésant.

On a vu, qu'à l'inverse de ce qui se produit en Droit français, c'est la conduite du lésant, plutôt que la lésion proprement dite subie par le lésé, que l'on prend en considération. Ce trait marqué du Droit allemand, et qui a son parallèle dans le Droit anglais, ressort encore plus clairement dans le cas d'une pluralité de sujets. S'agit-il de sujets passifs, soit comme débiteurs, soit comme garants, il suffit qu'il y ait lésion contre un seul, pour que tous les autres puissent s'en prévaloir; quoique personnellement non lésés, ils invoqueront avec succès la conduite du lésant. Au contraire, en ce qui concerne la pluralité de sujets actifs, la lésion ne pourrait être invoquée qu'à l'encontre du lésant lui-même, ce qui se comprend d'ailleurs logiquement. (24)

Le caractère subjectiviste de la conception jurispruden-

(23) I. W. 15, p. 574, no. 6, R. G. 20. 3. 18. V. 338.

(24) R. G. Gruch. t. LIV, p. 886, St., t. XXVIII, p. 115.

tielle, se révèle aussi bien à l'occasion d'un contrat où le lésant est intermédiaire. (25)

Pour obvier à la nullité, le contractant peut s'assurer contre toute équivoque d'exploitation, en demandant à son contractant de se faire assister par un conseiller; mais, de même qu'en Droit anglais, où l' « *advice* » doit être indépendant et compétent, la jurisprudence peut très bien ne pas en tenir compte si, malgré tout, le contrat s'avère lésionnaire. (26)

Ce grand parallélisme de la jurisprudence allemande et de la jurisprudence anglaise sur la conception de la lésion, est mis en relief, aussi, par la façon dont la jurisprudence allemande fait l'évaluation de la disproportion des obligations (27). Nous insisterons là dessus au chapitre de l'élément objectif, mais, il est d'ores et déjà à remarquer qu'une même conception domine, et la jurisprudence allemande, qui sanctionne la lésion au nom de la morale, et la jurisprudence anglaise, qui y voit une punition de la conscience.

§ II. — LE BESOIN

Le principe posé par la jurisprudence est que le besoin doit être de nature économique. Ce principe a été respecté par les différentes instances judiciaires, depuis la promulga-

(25) St., t. XXXVI, no. 82, p. 226.

(26) St., t. XXV, no. 107 (3), p. 315, où l'on confirme l'opinion de l'instance de fond d'Ulm, qui déclare le contrat lésionnaire, puisque l'inexpérience du lésé a été exploitée. Un conseiller avait assisté le lésé, lors de la conclusion du contrat, mais, l'inexpérience a pu être établie, aussi, au sujet du conseiller lui-même. De même, R. G., t. XXX, no. 13, p. 40, où l'on reconnaît le caractère lésionnaire du contrat, bien que le lésé ait été conseillé par un notaire, lors de la conclusion du contrat.

(27) St., t. XXXIX, no. 39, p. 126, qui sera analysé à propos de la disproportion.

tion du Code Civil allemand, et, jusqu'à l'heure actuelle, très scrupuleusement.

Aussi, une bonne partie de la doctrine représentée par nombre de juristes, — et non des moindres, — s'est attaquée impétueusement à ébranler cette conception, qui selon eux, serait bien trop étroite pour permettre une juste solution de maintes situations où la lésion se révèle. On insiste spécialement sur l'exemple d'un médecin, qui, appelé dans un village éloigné, de la montagne, profitant du fait d'être le seul médecin présent pour entreprendre une urgente opération d'appendicite, se fait promettre des honoraires excessifs, qui sont dans une disproportion évidente avec sa propre prestation et, qui par là, a exploité sciemment, l'état de besoin où se trouvait son cocontractant; par conséquent, ce seraient tout autant des éléments constitutifs de la lésion, conçus dans l'esprit et d'après les textes de la loi. Dans l'interprétation de ces textes loin de s'attacher à la conception dominante au temps des lois usuraires, on doit au contraire, ne pas oublier que le législateur a donné exprès un domaine bien plus large à l'art. 138 al. 2, C. Civ. all., et a entendu élargir ainsi le contenu de la notion de lésion. Les lois usuraires permettaient, à la jurisprudence, une interprétation purement mécanique, et cela, grâce à la précision des textes, mais, dans le Code Civil allemand, la lésion est conçue de telle manière que le juge a et la latitude et le devoir d'examiner davantage chaque cas *in concreto*.

En conclusion, tout en admettant le caractère dominant du besoin économique, ils croient pouvoir lui assimiler tout autre état de besoin, où ce sont par exemple, la vie, la santé, ou l'honneur qui sont en danger. (28)

(28) Holder, *op. cit.*, t. I, p. 306, Oertmann, *op. cit.*, t. I, § 138, Ennecerus, *op. cit.*, t. I, § 138, Staudinger, *op. cit.*, t. I, p. 540.

Mais, d'autre part, il faut reconnaître qu'une autre bonne partie de la doctrine se solidarise complètement avec la conception jurisprudentielle. Ils font valoir, à bon droit, que des lois spéciales sur lesquelles nous allons revenir, concernant certains contrats de louage de services, ou visant justement des situations graves, comme celle où la vie du lésé, ou de l'un de ses proches, serait en danger, peuvent suffire amplement, là où l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 138 al. 2, C. Civ. all. serait impuissante à faire justice (29).

La jurisprudence estime donc que la conception posée par une fidèle interprétation de la volonté législative, est celle qui exige que l'état de besoin du lésé soit de nature économique (30).

Seulement, il ne faut pas se méprendre sur la notion même de besoin économique; par besoin économique, ce n'est pas, comme on serait tenté de le croire, le manque de fortune ou l'absence de crédit qu'on entend. (31) Le besoin économique est plutôt une urgente et grave nécessité d'argent, c'est-à-dire un besoin de nature à mettre en danger l'existence économique du lésé. Par conséquent, ce n'est pas la richesse ou l'indigence qui comptent, mais c'est justement la situation nécessiteuse amenée par un embarras financier, (32) par une nécessité inéluctable de crédit, par une

(29) Endemann, *op. cit.*, p. 699, Frank, *op. cit.*, t. I, § 302. IV, Lotmar « Der unmoralische Vertrag », p. 57, p. 75, p. 93.

(30) I. W. 05, p. 75, no. 8.

(31) Warn. 19, p. 92, St., t. XX, no. 3, p. 9 en est un arrêt prototype. On confirme l'arrêt de la Cour de Danzig qui estime que « ce n'est pas dans la fortune, mais dans la situation économique momentanée, que doit être cherché le *criterium* du besoin. Si, habituellement, la fortune peut empêcher l'état de besoin, celui-ci peut se présenter même chez une personne fortunée, or, c'est justement ce besoin là, et non pas l'indigence, que la loi entend protéger; cela ressort clairement des travaux préparatoires de la loi ».

(32) I. W. 11, p. 576, no. 9.

grave pénurie de numéraire, même si cette pénurie est d'un caractère passager, pourvu qu'elle menace l'existence économique. (33) Et puisque l'indigence n'est nullement une condition *sine qua non* de l'état de besoin économique, il peut très bien se faire qu'une personne riche, à un moment donné, soit dans l'état de besoin. Elle a beau posséder nombre de biens sur lesquels ses créiteurs pourraient facilement se payer, si ces biens sont indispensables à son existence économique, ils n'entrent pas en ligne de compte, et le besoin peut se présenter. (34) Que si le lésé, lors de la conclusion du contrat possédait des biens par la valorisation desquels il aurait pu écarter le besoin, il devra, pour être reçu, apporter la preuve de l'inefficacité de ses efforts, tentés en vue de cette valorisation. (35)

Ces *criteria* du besoin deviennent forcément bien moins consistants lorsqu'il s'agit d'une affaire de spéculation. Le principe dominant sera toujours que, seulement un danger sérieux, une essentielle aggravation de la situation économique, peuvent justifier le besoin, une déroute financière absolue n'étant point exigée (36). Un besoin se comprendrait donc, même si le lésé a conclu le contrat dans des buts spéculatifs, si cette spéculation présentait une nécessité vitale pour sa situation économique. Une simple utilité de la spéculation ne suffirait pas pour justifier de l'état de besoin; elle doit, au contraire, être une nécessité impérieuse. (37) Ainsi, par exemple, lorsque le contrat conclu par le lésé,

(33) St., t. IV, no. 141, p. 390.

(34) I. W. 08, p. 142, no. 13.

(35) Seuff., t. LXIX, no. 232, R. G. 19. 2. 21. V. 404.

(36) St., t. V., p. 9, R. G. 16 10. 18. V. 41, I. W. 07, p. 167, no. 4.

(37) I. W. 09, p. 215.

en vue de sa spéculation, a été le seul moyen d'éviter une faillite. (38)

De ce qui précède, il s'ensuit que, toutes les fois, il doit être question d'une certaine situation économique, — comme un certain commerce par exemple — qui soit d'ores et déjà existante, et, dont l'existence est en danger. (39) Mais, ce principe doit être largement interprété. Ainsi d'une part, le fait, par le lésé, d'employer la prestation reçue, non pas pour payer une dette urgente, mais, au contraire, à des buts productifs, n'exclue pas la possibilité de l'existence du besoin. Une nouvelle production, — comme une nouvelle spéculation — peut très bien, à l'heure actuelle, se justifier par un état de besoin, si c'est le seul moyen de salut. (40) Mais, d'autre part, il ne faudrait nullement en déduire qu'une affaire de spéculation trop hasardeuse, devrait faire présumer un état de besoin. (41) Nous allons revenir

(38) Le troisième principe posé par le fameux arrêt St. X. IV, no. 141 (3), p. 390 : Faire un emprunt à des conditions des plus défavorables, et l'employer à des buts productifs, peut se concilier avec l'existence d'un état de besoin lors de la conclusion du contrat, pourvu que cela ait été le moyen tenté en vue de sauver l'existence économique de l'entreprise.

(39) I. W. 19, p. 102, no. 1.

(40) La jurisprudence avait mis du temps pour devenir ferme sur ce point. Ainsi, St., t. LVIII, no. 151 (3), p. 329, est un arrêt qui ne date pas de plus loin que le 21 octobre 1924, et, par lequel la Cour a été obligée de rectifier l'opinion du tribunal d'échevins de Munich (*Schöffengericht München*), qui s'est refusé à voir un état de besoin qui justifierait un prêt lésionnaire fait pour des buts productifs, alors que la caisse du lésé subissait une simple gêne passagère, du fait que les revenus n'y entraient pas régulièrement. Or, « par état de besoin, on peut entendre une nécessité imminente de numéraire, d'une gravité telle que l'existence économique est en danger. Mais, une fois une pareille nécessité constatée, elle peut aussi bien être passagère si urgente ; c'est ce qui s'est présenté dans le cas concret où le lésé possédait des biens sans pouvoir les valoriser. Dans cette situation, un prêt, même fait pour des buts productifs, n'exclue pas l'état de besoin, où le lésé se trouvait par le fait d'avoir commandé des marchandises qu'il devait payer sans tarder, sous peine de ne pas pouvoir en faire profiter sa clientèle, ce qui aurait mis son commerce en danger ». L'arrêt invoque, enfin, la fameuse jurisprudence commentée par nous, plus haut, St., t. IV, no. 141, p. 390.

sur les contrats aléatoires, à propos de la disproportion des obligations, où les risques encourus doivent être pris en considération pour établir le degré de disproportion qui, dans ce cas, ne pourra plus résulter tout simplement de la différence objective des prestations.

Si, lors de la conclusion d'un contrat aléatoire, un état de besoin peut se justifier, il en est de même, et à fortiori, pour les contrats commutatifs les plus variés. Mais, la convention qui, aujourd'hui encore, donne, le plus souvent, lieu à exploitation du besoin d'autrui, est celle qui intervient entre un créiteur et son débiteur, en vue d'un atermolement. (42)

D'autre part, il va sans dire, que le luxe, les dépenses somptueuses, excluent tout état de besoin. Ainsi, on ne peut pas invoquer l'état de besoin pour déclarer lésionnaire un contrat par lequel on se fait construire une villa; (43) de même, on admettra difficilement l'état de besoin lorsqu'on promet à un chauffeur, qui est seul sur la place, une somme exorbitante, alors qu'il n'y avait pas une absolue nécessité de prendre un véhicule. (44)

Une question ardemment débattue en doctrine, est : si le besoin doit exister, en réalité, ou bien, s'il suffit d'un be-

(41) O. L. G. Seuff., t. LXI, p. 129.

(42) R. G., t. LXXXVI, no. 72 (2), p. 296, où la Cour affirme que « l'état de besoin ne doit pas nécessairement cesser dès que le contrat lésionnaire a été conclu ou même exécuté. Au contraire, cette exécution pourra être souvent une autre occasion d'imposer au lésé de nouvelles conditions lésionnaires ». Lors du fameux arrêt du 13 juillet 1881 (St., t. IV, no. 141, p. 390), il était justement question d'un atermolement. « Un atermolement peut, par lui-même, constituer une lésion, indifféremment du contrat qui est à sa base. Cela peut se présenter lorsque le lésant, en accordant l'atermolement au lésé, a eu conscience de son état de besoin, c'est-à-dire de l'impossibilité de payer sa dette à l'échéance, et, en a tiré parti. »

(43) R. G., t. LXI, p. 439.

(44) Hachenburg : Vorträge, p. 103.

soin que le lésé croyait exister. On alléguait qu'un pareil besoin, imaginaire, a les mêmes effets sur l'attitude que prend le lésé, lors de la conclusion du contrat, qu'un besoin réel : que, par conséquent, le lésé se trouve réellement dans une situation nécessiteuse. Mais, la jurisprudence a été ferme à considérer que, seul l'état de besoin, réellement existant, peut justifier de la lésion (45). A notre avis, la jurisprudence pourrait, sur ce point, se justifier juridiquement, par le raisonnement suivant : En admettant même, que le besoin imaginé constitue, par lui-même, un état de besoin pour le lésé, on ne peut toutefois, jamais admettre qu'un pareil cas de besoin soit d'ordre économique, étant, au contraire, par sa nature même, tout ce qu'il y a de plus immatériel. Or nous avons établi que ce n'est qu'un besoin de nature économique qui peut être invoqué.

En résumé, un réel besoin économique, même momentané, est, à la fois, et suffisant et nécessaire (46).

(45) St., t. XII, no. 91, p. 303 du 18 juin 1885, est un arrêt prototype intéressant, qui, bien qu'émis sous le régime de la loi de 1880, rend clairement la conception, toujours ferme, de la jurisprudence : Une commerçante se trouvait dans un impérieux besoin d'argent, qu'elle aurait pu se procurer facilement par des subventions accordées aux commerçants pauvres ; mais, comme elle craignait qu'en touchant une pareille subvention, son crédit ne soit définitivement compromis, elle a préféré emprunter à des conditions lésionnaires. « *On doit y voir un besoin imaginaire. Il y aurait réellement besoin* (nous dirions plutôt inexpérience), *si le lésé n'avait pas eu connaissance de la possibilité de se procurer l'argent par d'autres voies.* Mais, dans le cas présent, cette connaissance ne manque pas, et, par conséquent, il y a un besoin imaginaire, sauf si le raisonnement du lésé a été juste, et, qu'en fait, toucher une pareille subvention, ait signifié pour l'existence économique, une menace autrement grave. Ce n'est que dans ce cas, non constaté, qu'une lésion réelle peut être admise. Nous mentionnons encore l'arrêt St., t. XXVIII, no. 91, p. 288, par lequel la Cour condamne catégoriquement l'opinion émise par le tribunal de Kiel, qui, tout en reconnaissant l'absence d'un état de besoin réel, admettait la lésion, en vertu de l'exploitation du besoin imaginaire, « *parce que le besoin existait objectivement* ». La Cour déclare fermement qu'un pareil besoin ne répond pas aux exigences de la loi.

(46) Seuff., t. LXIV, no. 180.

Que cet état de besoin soit arrivé au lésé par sa propre faute, ou, qu'il y ait été amené par les circonstances, cela importe peu. Ainsi, une personne qui a perdu au jeu et a provoqué, par là, l'état de besoin, sera traitée du point de vue du contrat lésionnaire, de la même façon qu'une personne qui se trouve dans le besoin à la suite d'un héritage désastreux.

Dans un état de besoin, tel que la jurisprudence l'entend, se trouvera, habituellement, une personne physique; mais, on peut aussi bien y concevoir une personne morale, une société commerciale par exemple. (47) Cela se produira lorsque le besoin résultera de l'imminent danger de la faillite, et les cas en sont assez fréquents. (48)

Pour établir l'état de besoin devant les instances judiciaires, le lésé devra naturellement en fournir les preuves. Cela ne sera pas toujours très facile, et, si pour la probation le serment est écarté (49), le juge pourra, en revanche, d'après les circonstances, et notamment devant une exorbitante disproportion des prestations, présumer l'état de besoin du lésé lors de la conclusion du contrat. (50)

Dans ce cas là, c'est au lésant à justifier de sa conduite, de son entière bonne foi.

(47) R. G., t. XCIII, no. 9 (1), p. 27, est un arrêt très intéressant qui est analysé à propos du rapport des deux alinéas de l'art. 138. Retenons dès maintenant : « ... il ne doit pas être fait de différence entre une personne physique et une personne juridique qui pourrait être aussi bien menacée par la faillite ».

(48) R. G., t. XCVIII, no. 93, p. 323 : S. B. A. Z. Société par actions, *contra* Etat prussien. Cet arrêt, justement célèbre, n'a pas été rendu à propos d'un contrat lésionnaire, mais, nous le notons pour la conception qu'il émet sur l'état de besoin, dont il puise le critère dans la loi elle-même. « Le bilan de la Société aurait été en déficit de plus de moitié du capital... Or, la loi elle-même, dans les motifs de ses dispositions, considère un déficit de la moitié du capital comme un événement d'une gravité exceptionnelle, à même de mettre l'existence économique en danger, et qui requiert une intervention immédiate... »

(49) I. W. 09, p. 45, no. 3.

(50) R. G. 29. 10. 21. V. 168.

Renverser la charge de la preuve, cela rappelle le système de la jurisprudence anglaise et ce n'est qu'à l'élément subjectif de la conception de la lésion, conception qui domine en Angleterre et en Allemagne, que les jurisprudences de ces deux pays doivent une telle souplesse, qui dans la pratique a donné les résultats les plus heureux. Et, remarquons bien, qu'à l'inverse de la jurisprudence française, la jurisprudence allemande ne mérite pas le moins du monde le reproche de prétorienne, pas plus, naturellement, — cela va sans dire, — que la jurisprudence anglaise.

§ III. — LA LÉGÈRETÉ

A l'inverse du *besoin*, la notion juridique de *légèreté* se confond avec le sens que l'on attache, généralement, à ce mot, dans l'usage commun. C'est la raison qui nous dispensera de donner à cette section un développement aussi ample que celui qui nous a paru nécessaire à propos du *besoin*, dont l'inconsistance, comme notion juridique, a constitué un terrain propice aux différentes constructions doctrinales ou jurisprudentielles.

Par *légèreté*, la jurisprudence et la doctrine entendent l'état psycho-pathique d'une personne qui, par négligence ou irréflexion, n'attache pas, dans les actes de sa volonté, leur véritable importance aux conséquences qui en peuvent découler ; (51) et, dans notre cas, aux suites et à la portée de ses obligations (52).

(51) K. G. dans D. J., t. 06, p. 205 ; R. J. 19. 10. 04. Dans « Recht » 04, p. 600.

(52) O. L. G. Braunschweig dans Seuff., t. LXV, no. 89 ; St., t. XXVII, no. 9, p. 18 du 11 février 1895 : C'est l'arrêt prototype, rendu en confirmation du jugement émis à Düsseldorf : « La définition de droit de la légèreté, correspond d'ailleurs aussi à la définition générale, qui considère la légèreté comme indifférence en ce qui concerne les conséquences. On trouve même une loi de 1879,

La légèreté, ainsi comprise, présente beaucoup de points communs avec la prodigalité, notamment, lorsque ce n'est pas tant le contrat en lui-même qui révèle la légèreté, que les motifs qui ont déterminé sa conclusion, lesquels peuvent démontrer sa légèreté. (53) D'ailleurs, une notable différence pratique réside dans ce fait que la légèreté doit être prise en considération, telle qu'elle était au moment de la conclusion du contrat, tandis que, — en opposition, justement, avec ce qui se passe au sujet de la prodigalité, — le train de vie habituel du lésé présente peu d'importance. (54)

Un prototype de légèreté, serait le cas où le lésé aurait conclu le contrat sans avoir la moindre connaissance de ses détails, ou même, du rapport de valeur des deux obligations. D'autre part, il n'y aurait pas légèreté si, lors de la conclusion, le contrat ne répondait pas aux exigences de l'art. 138, al. 2, Code Civil allemand, et, s'il ne se révèle défavorable, lésionnaire (*lato sensu*) que par la suite; même, si ces suites avaient pu être prévues après une mûre réflexion; cela notamment, si le lésé a agi dans un but spéculatif. (55)

aujourd'hui abrogée, par laquelle le lésant pouvait être inculpé de ne pas avoir suffisamment attiré l'attention du lésé sur la question du remboursement. Or, la loi, actuellement en vigueur, n'a pas entendu changer de système... C'est la légèreté spéciale, qui a régi la conclusion du contrat, que l'on doit prendre en considération, et non pas la façon de vie, habituellement large du lésé, ni sa prodigalité, ni sa fortune. » — St. LX, no. 75, p. 217, qui sera analysé au chapitre de la disproportion. R. G. t. XXX, no. 13, p. 40, où le juge a vu l'inexpérience, — malgré l'assistance du lésé par un notaire, — dans la circonstance, que le lésant, à côté des lettres de change et de l'hypothèque, — garantie plus que suffisante de l'obligation, — avait exigé l'insertion d'un droit de préemption, que le lésé avait facilement accepté.

(53) I. W. 08, p. 142, no. 13; R. G. dans Seuff., t. LXIV, no. 2.

(54) Warn 1916, p. 128; O. L. G. Breslau dans « Recht » 04, p. 76, marque la différence de l'attitude du lésant qui peut ne pas exploiter la légèreté, tout en usant du *dolus bonus*.

(55) R. G. Warn 16, no. 195.

Au cas où le contrat aurait été conclu par mandataire, c'est la légèreté de celui-ci, qui doit être prise en considération ; Dans le cas d'une gestion d'affaires, cela va sans dire. (56) il en est autrement.

§ IV. — L'INEXPÉRIENCE

Ainsi que dans son acception commune, l'inexpérience est dans son sens juridique, également, caractérisée, soit par un manque de l'expérience générale de la vie, soit par l'absence d'une expérience spéciale, dans un certain domaine concret. (57)

En ce qui concerne l'inexpérience générale, ce sera ordinairement l'inexpérience naïve, enfantine ; mais, cela pourra être aussi bien la faiblesse d'esprit, voire l'imbécilité, (58) *imperitia rustica* (59), etc...

L'inexpérience se révélera, par exemple, si le lésé, en concluant le contrat, a omis de se procurer la même prestation par une autre voie plus facile, ou d'une autre façon plus avantageuse, et cela justement, par suite de cette inexpérience. (60)

(56) R. G. 9. 10. 15. V. 130.

(57) R. G., t. LX, p. 10 ; R. G. Warn 1914, p. 111 ; St., t. II, no. 114, p. 388 ; « Il n'y a pas exploitation de l'inexpérience, lorsque la femme qui savait ne pas être obligée de payer une dette de son mari défunt, tient quand même pour des raisons de pitié envers sa mémoire, à transformer cette obligation naturelle en une obligation civile, en l'acquittant. » St., t. LX, no. 75, p. 217, commenté à propos de l'élément objectif. R. G., t. XXX, no. 13, p. 40, dont il a été question à la section précédente.

(58) O. L. G., t. XII, p. 239 ; R. G., t. LXVII, p. 393 ; R. G., t. XXVIII, p. 251.

(59) Par « *imperitia rustica* », on doit entendre l'inexpérience des gens de la campagne, et non pas, comme le fait M. Gay dans son œuvre, — de grande valeur d'ailleurs, — sur l'*undue influence* : une expérience spéciale, dans le domaine de l'agriculture.

(60) I. W. 1913, p. 483, no. 3 ; R. G., t. LXIV, p. 181 ; St., t. XXV, no. 107, p. 319, est l'arrêt, où la Cour, confirmant le jugement du tribunal d'Ulm, reconnaît l'inexpérience dans le fait que le

L'inexpérience, dans un certain domaine, comme, par exemple, celui du propriétaire en agriculture, ou de l'écrivain dans l'imprimerie, constitue l'inexpérience spéciale.

Il faut, toutefois, bien remarquer la différence qui existe entre l'inexpérience spéciale donnant lieu à la lésion, et, l'inexpérience révélée dans un cas tout particulier (61), qui est régie par les articles 119 et 123 C. Civ. all. même si les autres éléments de la lésion se trouvent réunis. (62)

On n'applique pas l'article 138, al. 2, C. Civ. all. lorsque l'inexpérience a donné lieu à un cas particulier d'erreur ou de dol ; autrement, le contrat serait nul, même si le lésé, par la force des circonstances, voulait le respecter. Autant dire que la disposition du Code Civil allemand ne ferait, dans notre cas qu'aggraver la situation. Mais, justement, le juge fera la différence entre le cas particulier d'erreur ou d'ignorance d'une part, et le cas d'inexpérience dans les affaires de l'autre. Ce n'est pas la même chose que : conclure un contrat avec une personne expérimentée, qui, pour une fois fait erreur, mais qui est aussi supposée capable de réparer, ou tout au moins de prévoir, dans une certaine mesure le risque d'une affaire (étant, par là même, capable de prendre des précautions, ou, d'user des moyens les mieux indiqués pour sortir d'embarras), ou que : contracter avec une personne sans expérience, laquelle serait naturellement dans une situation beaucoup plus fâcheuse, ne disposant pas des mêmes moyens, soit pour prévenir, soit pour réparer. (63)

lésé a méconnu la possibilité, facile pour lui, de céder sa prétention à des conditions bien plus favorables, et cela, par manque de connaissance dans les affaires ; son conseiller occasionnel était dans la même situation.

(61) R. G. Warm 1916, no. 128 ; R. G. Warm 1918, no. 157.

(62) R. G., t. CXII, p. 175, no. 41, analysé au rapport des alinéas.

(63) Kohler « Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts », § 138.

Nous avons un cas d'inexpérience spéciale, lorsque le lésé accepte une clause pénale, en vertu de laquelle son obligation augmente en progression géométrique, sans se rendre compte de la véritable portée d'une telle progression. L'élément inexpérience intervient dans la mesure où il méconnaissait cette portée. (64)

Nous avons dit que, lorsqu'on agit par légèreté, on ne se rend pas compte de la véritable portée de son obligation. Or, nous venons de voir que le même cas peut se présenter, bien qu'on ait agi par inexpérience. Mais, il y a cependant, entre les deux cas, une notable différence : si, dans tous les deux, nous rencontrons de fausses prévisions sur les conséquences du contrat, dans le cas de légèreté, elles sont l'effet d'une volonté défectueuse, tandis que, dans l'autre cas, elles proviennent d'une insuffisante école de la vie, ou bien d'impressions empiriques trop superficielles. (65)

On comprendra sans peine que la jurisprudence fasse rentrer dans notre rubrique, l'exploitation de la faiblesse d'esprit, qui est, à fortiori une action à l'encontre des bonnes mœurs. (66)

Il est enfin à remarquer, que la jurisprudence a établi une ligne de démarcation, très nette, entre l'inexpérience et la simple ignorance d'un fait, — ou, d'une circonstance quelconque, — qui, même éloigné, pourrait avoir indirectement une certaine influence sur la portée des obligations. (67)

(64) O. L. G. Kassel dans *Rspr.*, t. XII, p. 16.

(65) O. L. G. Königsberg dans « *Recht* » 08 B2, p. 189; I. W. 04, p. 585.

(66) R. G., t. LXVII, p. 393, no. 28 : « Le défendeur a connu et la faiblesse d'esprit du réclamant, et la disproportion dans le contrat; il a été conscient que c'était cette faiblesse qui était en relation de cause à effet avec la disproportion matérielle. La loi voit l'immoralité caractérisée dans le fait d'exploiter l'inexpérience; il doit en être fait application, à fortiori, à notre cas.

(67) St., t. XXV, p. 315, no. 107 (3); St., t. XXXVII, p. 295, no. 63 : « L'inexpérience d'une personne est prouvée par l'absence de

§ V. — LA SYNTHÉTISATION DE L'ÉLÉMENT SUBJECTIF

Si le législateur a tenu à spécifier, dans le texte de l'article 138 C. Civ all. les différentes situations objectives du lésé, que le lésant pourrait exploiter, la jurisprudence tend plutôt à les synthétiser.

Au sens de la loi, les trois situations qui, exploitées, pourraient engendrer la lésion, sont : le besoin, la légèreté et l'inexpérience. Les différents arrêts, dans leurs motifs, ne se sont pas libérés de cette casuistique. Mais, tout en respectant cette nomenclature, pour juger l'objet de l'exploitation, il semble bien que l'on s'attache à la notion synthétique de situation nécessaire, en cumulant ou en suppléant les trois formes sous lesquelles, aux termes de la loi, cette situation peut se présenter. (68)

Dans cette tâche, la jurisprudence s'y est si bien prise que, malgré les possibilités qu'implique une pareille synthèse, elle ne s'est jamais détournée de l'interprétation

connaissance dans les affaires, d'expérience de la vie en général, ou spécialement dans un domaine concret, — soit qu'elle ne connaisse pas la possibilité de se procurer l'argent ailleurs, soit qu'elle ne puisse pas se rendre compte de la gravité réelle que présente, pour elle, la façon dont elle a cru devoir se le procurer. Dans les deux cas, il s'agit d'inexpérience. En revanche, celui qui connaît son état d'ignorance, agit, non par inexpérience, mais par légèreté. »

- (68) St., t. XVII, no. 113 (2), p. 440, rendu le 18 juin 1880, est l'arrêt classique, qui a fait jurisprudence dans la matière. On y déclare que, du point de vue des suites légales, il n'y a pas de notable différence à faire entre le besoin, la légèreté et l'inexpérience. Cette spécification n'est qu'une forme de rédaction constituant plusieurs modalités d'une même procédure. L'expérience a prouvé que, bien souvent, l'on pourrait difficilement les différencier. On doit, par conséquent, admettre, de la plus large façon, les différentes combinaisons possibles entre les trois formes de la situation du lésé. — R. G., t. LXVII, no. 98, p. 343 ; R. G., t. LXXII, no. 16 (1), p. 61.

fidèle de la loi, en respectant, notamment, la nature purement économique de la notion du besoin.

En résumé, la jurisprudence, et aussi la doctrine, (69) considèrent l'exploitation, soit du besoin, soit de la légèreté, soit de l'inexpérience, comme les différentes variantes d'un même procédé lésionnaire.

SECTION III

L'ÉLÉMENT OBJECTIF

§ I. — VARIÉTÉ DE SES ASPECTS

Quelle est la forme sous laquelle la disproportion des obligations peut se présenter ? En répondant à cette question nous verrons qu'en Droit allemand, le principe de sanctionner la lésion a une telle généralité qu'il englobe toutes les sortes de contrats à titre onéreux .

En effet, puisque le nouveau Code Civil allemand ne fait plus de différence entre l'usure proprement dite, sanctionnée même auparavant, et, l'ainsi dite : usure réelle, on peut affirmer qu'à l'heure actuelle, n'importe quel contrat à titre onéreux, peut être nul du chef de la lésion, pourvu que les éléments constitutifs de la lésion s'y trouvent réunis. Ainsi, peuvent être lésionnaires : tous les contrats synallagmatiques, comme le contrat de vente, le contrat d'échange, le contrat de louage, le contrat de société, le contrat de travail, le contrat d'assurance, etc... (70); des contrats

(69) Hölder, *op. cit.*, p. 306 et ss.

(70) Warn 09, no. 387; Warn 11 no. 9; St., t. IV, no. 141, p. 390 ; St., t. XXXVIII, no. 122, p. 363.

synallagmatiques imparfaits, comme le gage, le mandat, (71) ou bien des contrats qui ne sont pas synallagmatiques, d'après le sens de l'article 320 Code Civil allemand, comme le prêt à intérêt, qui est justement le contrat où la lésion a été, pour la première fois sanctionnée, et où elle l'est, aujourd'hui encore, le plus fréquemment. En résumé, il peut y avoir lésion dans tous les cas où, en échange d'une prestation quelconque, on s'oblige à un équivalent économique. Donc, les contrats réels, comme le prêt ou le dépôt, entrent dans cette catégorie, aussi bien que tous les contrats à titre onéreux, commutatifs ou aléatoires.

Deux remarques intéressantes sont à faire : En ce qui concerne les contrats de vente, il est à constater que c'est surtout la vente du bétail qui donne lieu à des contrats lésionnaires. En ce qui concerne le contrat de travail, on a osé affirmer, — pour démontrer la fréquence de la lésion, — qu'« une considérable partie de la production des biens est l'effet de l'exécution, en fait, des contrats de travail, nuls de droit. » (72) Nous n'avons pas à rechercher ce que cette formule contient d'exagéré, mais, il reste acquis que la jurisprudence, autant que la doctrine, admettent sans difficulté que le contrat de travail peut être nul du chef de la lésion. Nous avons été incité à faire cette remarque, — qui d'ailleurs va d'elle même, — par M. Demontès, qui, pour prouver le contraire, c'est-à-dire l'inapplicabilité de l'arti-

(71) Warn 16, no. 96; R. G., t. XXXVI, no. 76 (2), p. 308; R. G., t. XXX, no. 13, p. 40; R. G., t. XLVI, no 31, p. 112, où la Cour, invoquant son arrêt antérieur R. G., t. XLIII, p. 29, déclare qu'un contrat de société peut aussi bien que tout autre, être lésionnaire. Or, dans l'hypothèse où l'arrêt a été rendu, il s'agissait justement d'un contrat de société, conclu aux mêmes fins qu'un contrat de prêt, c'est-à-dire pour satisfaire certains besoins de numéraire.

(72) Lotmar, « Der Arbeitsvertrag », p. 178; « Recht » 04, p. 140.

cle 138, al. 2, du Code Civil allemand, reproche à la jurisprudence allemande de ne pas en faire l'application au contrat de travail. Or, en réalité, on ne doit nullement mettre en doute cette applicabilité, et, si, en fait, les cas d'application de l'article 138, al. 2, du Code Civil allemand au contrat de travail, sont rares, quoiqu'existants, l'explication en est bien simple : en Allemagne, comme par ailleurs, il existe une législation industrielle très touffue, qui sanctionne la plupart des cas de contrats lésionnaires de travail. Et, quand malgré tout, il reste de la place pour le principe général du Code, on n'hésite pas à en faire l'application, là où les autres lois spéciales seraient insuffisantes. (73) Ensuite, il n'est pas rare qu'indépendamment de la nature juridique du con-

- (73) Demontès, *op. cit.*, p. 71 : « Ceci infirme les conclusions de « Saleilles, qui prévoyait que l'article 138 du Code Civil allemand, serait infiniment plus souple que les articles 1131, 1133, « du Code Civil français. Comp. Capitant, « *De la cause des « obligations* », p. 234, note 2. Non seulement le texte allemand « n'a pas été plus utile, en pratique, que les textes français, « mais sa rédaction semblait promettre des avantages qui n'ont « pas été accordés par la jurisprudence. *Notamment, les tribunaux allemands se sont toujours refusés à annuler un contrat « de travail, pour cause de lésion du travailleur, par suite de « l'insuffisance du salaire. C'est été cependant le cas d'utiliser « l'article 138, al. 2.* » — Cette affirmation de M. Demontès est absolument inexacte. Au contraire de ce qu'il affirme, les tribunaux allemands ne se sont jamais refusés à annuler un contrat de travail, pour cause de lésion du travailleur. Mais, avant de recourir à l'art. 138, al. 2, les différentes juridictions devaient appliquer les lois spéciales qui régissent le contrat de travail dans ses différentes variantes. Ainsi, une énorme partie des contrats de travail, celle qui touche aux travaux industriels, est régie par le Code Industriel qui contient toute une réglementation des plus minutieuses. En vertu de ce Code, les différents salaires, taxes et prix, sont légalement fixés, et tout contrat de travail qui ne les respecte pas, est nul de droit, en tant qu'il dépasse les limites fixées par la loi. Le montant du salaire sera réglé d'après le tarif légal. En vertu du § 655 B. G. B., le salaire du courtier de commerce ne doit pas être lésionnaire, et, pour l'apprécier, on se conduit d'après les *criteria* de la lésion, bien qu'il y ait certaines différences en ce qui concerne les éléments constitutifs. En vertu du § 741, H. G. B., le sauvetage entrepris dans différentes circonstances ne doit pas être une cause de contrats de travail lésionnaires. Les relations d'avocat à client sont spécialement réglementées, de façon à obvier à toute iniquité, et, nous pourrions encore continuer longtemps à énumérer des réglementations similaires. Et, si dans le labyrinthe du

trat, on révèle la lésion du chef des obligations accessoires. Ce sont notamment les clauses pénales; une clause pénale en vertu de laquelle, par exemple, la plus infime négligence dans l'accomplissement de l'obligation principale, entraînerait de choquantes augmentations de cette obligation. Le procédé technique de la jurisprudence est de considérer la clause pénale comme étant une partie de l'ensemble des obligations

commerce, on rencontre des contrats de travail qui ne rentrent dans aucune des catégories spécialement réglementées, alors, la jurisprudence aborde, sans hésiter l'article 138, al. 2, pour déclarer nul tout contrat où la lésion pourrait être révélée. Dans le contrat de travail, le patron, en se faisant promettre le travail, se fait, en réalité, promettre une contre-prestation, en échange de sa propre prestation à lui, qui consistera, habituellement, dans le fait de payer le salaire. Cette prestation peut valoir moins que la contre-prestation du travailleur, et la différence constituera le légitime profit du capital dans la production. Mais, si cette différence, d'après les circonstances, est d'une disproportion évidente, si surtout, elle est l'effet de l'exploitation, par le patron, de la situation nécessaire du travailleur, le contrat de travail est nul, en vertu de l'article 138, al. 2 du Code Civil allemand. Au cas où un semblable contrat nul aurait reçu exécution, le patron pourra être obligé à rendre ce dont il s'est injustement enrichi, en dédommageant le travailleur, en vertu des articles 812 et 818 du Code Civil allemand. Naturellement, le cas inverse peut aussi se produire, celui où le travailleur touche un trop fort salaire en comparaison de sa propre prestation; si les éléments de la lésion sont alors réunis, l'art. 138, al. 2 est également applicable. Que telle soit l'opinion du législateur, cela ressort clairement des débats du *Reichstag* (le Parlement allemand), engagés lors de la discussion de l'art. 138. Dans ces conditions, pourquoi la jurisprudence n'appliquerait-elle pas l'article?... En réalité, elle n'a jamais refusé de l'appliquer. Ainsi D. J. Z., 911, p. 768; St., t. XLV, no. 45, p. 197; R. G., t. X. C. no. 100, p. 400, du 11 juillet 1917; St., t. XXXVIII, no. 122, p. 363, qui est intéressant par le fait que la Cour applique l'article 138, al. 2, à propos du salaire du président d'une Société, en motivant justement que le contrat par lequel est fixé le salaire que la Société paye à son président, est un contrat de services.

La doctrine, elle-même, n'a jamais pensé autrement. Stadthagen, dans son ouvrage « *Das Arbeiterrecht* », Stuttgart, dit notamment : « Lorsque le salaire est tellement bas que l'on « peut parler d'une disproportion choquante, la lésion de l'article 138 est applicable. Mais, pour pouvoir décider si, dans le « cas concret, une telle disproportion existe ou non, il faut « prendre en considération toutes les circonstances du marché, « et ensuite, naturellement aussi, le temps de travail, les difficultés qu'il présente pour l'ouvrier, le danger que risque sa « santé, le coût de la vie, les possibilités de logement, etc. A « l'occasion des discussions de la loi du 19 juin 1893 et du Code « actuel, ces opinions ont été émises. »

assumées par le lésé, et, par conséquent, étant à même de rompre l'équilibre qui doit exister entre les obligations d'une part, et les contre-obligations d'autre part, créant ainsi la disproportion requise par la loi, pour pouvoir déclarer le contrat lésionnaire. (74)

A côté des causes pénales, proprement dites, la lésion peut être engendrée par des droits de préemption, des droits de rachat, des droits de préférence, de différentes cessions, des conventions déguisées, etc, (75). L'atermoïement qui, par sa nature même, intervient lorsque le débiteur se trouve dans une situation difficile, donne très fréquemment occasion au créancier de se transformer en lésant (76).

On peut concevoir la lésion dans la possibilité, pour le lésant, de disposer à son aise, ou presque, d'un bien qui constitue la propriété du lésé, en vertu des droits que le lésé a été amené à lui concéder. (77) De même, l'insertion, dans un contrat d'une *lex commissoria* de l'art. 1229, devrait à coup sûr rendre nul un contrat du chef de la lésion, si une pa-

(74) O. L. G. Cassel dans Sepff., t. LXI, no. 197, p. 352 ; R. G. t. CIV, no. 99, p. 327 ; R. G., t. CVIII, p. 180 ; R. G., t. CXIV, no. 64, p. 304 du 22 septembre 1926, où la Cour de Cassation confirme l'arrêt rendu par la Cour d'Appel (*Kammergericht*) de Berlin, dans le litige de la Compagnie des Chemins de fer d'Etat allemands (*Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft*), *contra* S. N. Le défendeur soutenait que la clause pénale, contenue dans la convention d'atermoïement, en vertu de laquelle, pour tout retard de paiement, il sera compté 1 % en plus, constitue la disproportion choquante, et, le fait d'avoir été obligé d'accepter un atermoïement, prouve l'état de besoin qui a été ainsi exploité. Or, la jurisprudence s'est refusée à voir, dans le simple fait d'un atermoïement, la preuve même de l'existence du besoin.

(75) R. G., t. CXXII, no. 39, p. 183 du 26 octobre 1928 ; St., t. XX, no. 102, p. 279, commenté à la section suivante. R. G., t. XXX, no. 13, p. 40.

(76) St., t. IV, no. 141, p. 390 du 13 juillet 1881, le fameux arrêt que nous avons déjà maintes fois rencontré, a été rendu justement à propos d'une convention d'atermoïement. Le lésant qui connaissait l'impossibilité, pour son débiteur, de payer à l'échéance, a eu beau jeu pour faire, à lui seul, la loi du contrat d'atermoïement.

(77) R. G. Warn 1919, p. 108.

reille clause n'était, par elle-même, nulle, et, par suite, sans influence aucune sur le contrat. (78)

On va même plus loin encore. Il a été admis qu'une simple connexité de fait entre les prestations, suffit pour donner éventuellement, lieu à la lésion. Ainsi, le lésant fait d'abord spontanément sa prestation, en dehors de tout lien contractuel, et, aussitôt après avoir tiré le lésé de sa situation précaire, le lésant, — exploitant la faiblesse de l'état moral du lésé, qui se trouve encore sous le coup de sa situation antérieure, — se fait promettre l'obligation lésionnaire. Selon le cas, concret, il peut même y avoir un contrat à titre onéreux, lésionnaire, bien entendu.

§ II. — DIRECTIVES D'ÉVALUATION DE LA DISPROPORTION

L'élément objectif de la lésion, c'est la disproportion évidente des obligations. C'est au juge à se prononcer dans chaque espèce, s'il y a lieu, oui ou non, de voir, dans le rapport des deux obligations, une disproportion choquante. Cela, nous l'avouons sans la moindre inquiétude, laisse au juge un large champ d'investigation ; mais, il est d'autant plus honorable pour lui d'avoir su si bien accomplir cette tâche. (79)

Pour évaluer la disproportion, le juge se placera naturellement, toujours au moment de la conclusion du contrat. Le changement de valeur qui aurait pu se produire, entre-

(78) I. W. 09, p. 719, no. 6.

(79) Gruch, t. XLVI, p. 897 ; St., t. XX, no. 102, p. 279 ; St., t. 23, no. 37, p. 121 ; R. G., t. XXV, no. 36 (2), p. 177. — Les arrêts qui ont ouvert la voie, ont été rendus dès la promulgation de la loi de 1880, à savoir : St. III, no. 82, p. 218 du 10 janvier 1881, où la Cour, cassant le jugement du tribunal de Wiesbaden, pose comme principe que lors d'un prêt modique, même de grands intérêts pourraient ne pas constituer la disproportion choquante, s'ils sont compensés par les démarches et les formalités que le

temps, depuis la conclusion jusqu'à l'exécution du contrat, ne présente aucune importance pour la disproportion. (80) Par conséquent, d'une part, le lésant ne pourrait pas faire valoir qu'au moment de l'accomplissement des prestations, la disproportion originale s'est trouvée atténuée ou même tournée au profit du lésé; et, d'autre part, le lésé, de son côté, ne pourrait pas invoquer une éventuelle augmentation de la disproportion qui serait survenue entre-temps. (81)

Pour évaluer le degré de disproportion, le juge aura comme point d'orientation, la valeur courante des deux obligations. (82)

Toutefois, et subsidiairement, il aura à tenir compte

lésant a dû entreprendre malgré la modicité de l'affaire. St. IV, no. 141, p. 390 du 13 juillet 1881, le fameux arrêt que nous avons déjà rencontré, rendu aussi à l'occasion d'un prêt modique, décide: « *L'examen de la disproportion est, tout d'abord, une question de fait qui doit être prise telle quelle. Mais, il est évident qu'en cas d'intérêts excessifs, même s'il s'agit de petits prêts et de grands risques, on peut, comme dans le cas présent, voir une disproportion choquante.* »

- (80) R. G., t. CXI, no. 65, p. 310 du 29 septembre 1925; R. G. 13. 606. I. 50; I. W. 918, p. 424, no. 1.
- (81) R. G., t. LXXXVI, no. 72, p. 296, rencontré déjà, où la Cour de Cassation infirme l'arrêt de la Cour de Karlsruhe: Les 20 % d'intérêts ne constituent pas une évidente disproportion, surtout lorsqu'il n'y a pas de garanties pour le paiement. Peu importe si, depuis la conclusion du contrat le cours des valeurs a changé, il ne pourra être invoqué ni par l'un ni par l'autre des contractants; ce ne sont que les circonstances existantes au moment de la conclusion du contrat, que le juge doit prendre en considération. Il en est autrement si, après la conclusion du contrat, et par suite de la variation des valeurs, de nouvelles garanties deviennent nécessaires. Pour en faire l'appréciation, on se placera au moment où elles ont été accordées.
- (82) R. G. 19. 10. 04. V. 145; Gruch., t. XLVI, p. 897; St. LX, no. 75, p. 217 du 4 mai 1926, où la Cour, à propos d'un jugement du tribunal de Bautzen, explique la notion d'intérêts habituels, par laquelle on doit entendre les intérêts du lieu, au temps où le contrat a été conclu, tenant compte des circonstances, notamment du marché du crédit, et de l'usage en cours dans les affaires similaires. Si, d'après ces données, les intérêts se révèlent comme n'étant pas usuels, il y a lieu de chercher plus loin pour voir si, oui ou non, ils constituent la disproportion évidente des obligations. Pour décider de cette question on se placera au point de vue du créancier, en comparant, d'une part ses avantages, et de l'autre, ses obligations.

aussi de la situation subjective des contractants (83). C'est ainsi que doit être interprétée la volonté du législateur lorsqu'il enjoint au juge d'examiner « *d'après les circonstances* ». Il oppose justement ici ce système de juger « *in concreto* », au système qui dominait auparavant, et, dans lequel les intérêts habituels abstraits étaient décisifs. *Un pas de plus, donc, vers le subjectivisme..*

Cette interprétation « *in concreto* » n'est pas très aisée et requiert beaucoup de bon sens pour ne pas tomber dans les extrêmes. Ce serait altérer foncièrement l'interprétation que de se placer, par exemple, exclusivement sur le terrain de la valeur toute subjective que le contrat a pu présenter, pour le lésé, au moment de sa conclusion. Le jeu du lésant serait vraiment trop facile; ce n'est que dans l'hypothèse, bien peu probable, où le lésant pourrait prouver que sa prestation, à lui, a été la *conditio sine qua non* du salut du lésé, qu'une pareille interprétation pourrait avoir lieu. Or, le lésant ne sera peut-être jamais capable de fournir une semblable preuve, parce que n'importe quel tiers, pourvu qu'il dispose des mêmes moyens financiers que le lésant, doit être censé disposé à rendre les mêmes services au lésé, sous les mêmes conditions, — ou plutôt, — justement à cause des mêmes conditions lésionnaires. Aussi, la jurisprudence se place-t-elle plutôt au point de vue du lésant, pour juger de la disproportion (84). De cette façon, elle ne risque pas de tom-

(83) I. W. 05, p. 366, no. 3.

(84) St. T. XXXIX, no. 39, p. 126 confirmant l'arrêt St., t. XX, no. 102, p. 270, sur lequel nous allons revenir plus bas. Le principe a été posé déjà sous le régime de la loi de 1880. Ainsi St. t. XI, no. 114, p. 388 du 5 janvier 1885, où la Cour affirme que l'instance de fond a fait fausse route dans l'évaluation de la disproportion, en comparant d'une part les avantages du lésé et de l'autre ceux du lésant. Elle aurait dû prendre en considération, de part et d'autre, les avantages et les obligations du lésant. Ce n'est que

ber dans des hypothèses comme celle de tout à l'heure; et, d'autre part, elle est en harmonie avec tout le système de la lésion qui, en Droit allemand, s'attache plutôt à la conduite du lésant. Ainsi, lorsque le lésant oblige le lésé à lui acheter des biens qui, tout en ayant la valeur convenue, ne peuvent pas, en fait, être mis en valeur, on pourra facilement conclure à la lésion (85). Mais, on admettra plus difficilement la lésion lorsqu'un riche spéculateur d'immeubles s'est, pour une fois, trompé de la moitié de la valeur. (86) D'ailleurs, nous arrivons ainsi à une question spéciale, très intéressante : celle de la disproportion dans les contrats aléatoires.

Les directives d'évaluation que nous venons d'énoncer seront bien plus inconsistantes s'il s'agit, non pas de contrats commutatifs, mais de contrats aléatoires, au cas où de pareils contrats pourraient néanmoins donner lieu à la lésion. (87) Le principe dominant cette catégorie de contrats, est que la disproportion des obligations est inversement proportionnelle aux risques encourus par le lésant. D'autre part, elle sera naturellement proportionnelle aux risques encourus par le lésé, dans l'hypothèse où c'est celui-ci qui, par surcroît, supporte aussi les risques.

Pratiquement, les risques ont souvent atténué, sinon complètement anéanti, une disproportion existante en fait,

cela qui, aux termes de l'al. 2, art. 138, C. Civ. all., doit compter pour apprécier la disproportion. Les avantages du lésé ont naturellement aussi leur importance, mais, ils ne sont qu'une norme pour apprécier la valeur et l'importance de la prestation du lésant, qui, à elle seule, doit entrer en ligne de compte; l'avantage du lésé, par conséquent, ne doit pas être mis dans la balance de la disproportion.

(85) R. G. 28. 11. 06. V. 134.

(86) Bayr. O. L. G. III, p. 427; Warn 918, p. 26; R. G. 28. 11. 17. V. 318.

(87) I. W. 09, p. 215, no. 2.

entre les obligations, (88) et, par là, diminué ou bien écarté, le vice de lésion.

Nous avons dit, en parlant de l'élément subjectif de la lésion, que, pour qu'il y ait lésion, le lésant en exploitant la situation du lésé, doit le faire sciemment. C'est ce que la loi exige justement pour pouvoir, du chef de l'immoralité de la conduite du lésant, prononcer la nullité des contrats lésionnaires. Par conséquent, la logique voudrait, qu'il y eut ou non lésion, selon que la disproportion escomptée par le lésant lors de la conclusion du contrat, est, ou n'est pas évidente, et, non pas selon les dimensions de la disproportion réellement existante. Toutefois ce n'est pas le système adopté par la loi, et cela pour des raisons d'une importance pratique indéniable, sur lesquelles nous allons revenir. Pour le moment, nous laissons la parole à la jurisprudence qui, en se faisant la fidèle interprète de la loi, prend la disproportion des obligations telle qu'elle, indifféremment de ce que le lésant a bien pu s'imaginer, pourvu, — cela s'entend, — qu'il ait eu conscience du fait de léser, au moment de la conclusion du contrat; mais, la mesure dans laquelle il croyait léser n'a pas d'importance (89). Que ceci soit l'interprétation voulue par le législateur, cela est hors doute; et, d'ailleurs, les termes mêmes de la loi ne peuvent pas prêter à confusion :

(88) Rspr. O. L. G., t. IV, p. 205 ; St., t. XX, no. 102, p. 279. La Cour infirme le jugement du tribunal de Berlin, qui croyait ne pas devoir faire entrer dans la balance de la disproportion des avantages patrimoniaux conditionnels. La Cour indique qu'une pareille valeur doit être calculée d'après les probabilités, et, faute de celles-ci, d'après la situation. Dans ce calcul, le juge pourra ne pas tenir compte des possibilités trop éloignées, mais, il devra, sans faute, tenir compte d'une probabilité. Or, une pareille probabilité a été reconnue par le juge, dans le cas concret, et, il aurait dû, par conséquent, compter cet avantage patrimonial, dont la réalisation était assez probable, pour au moins 50 % de sa valeur. Il pouvait le faire d'autant plus que la loi n'exige pas une disproportion mathématique.

(89) R. G., t. LX, p. 11 ; R. G., t. LXXX, p. 300 ; Warn 918, no. 23.

« si.... *d'après les circonstances....* la disproportion est évidente. »

D'autre part, et cela va sans dire, il n'entre pas non plus en ligne de compte ce que le lésé lui-même a pu penser de l'équivalence des obligations, lors de la conclusion du contrat. Autrement, on détournerait l'al. 2 de l'art. 138 C. Civ. all. de son but principal, qui est de protéger le lésé dans tous les cas et non pas seulement lorsque lui-même se croit lésé. L'immoralité de l'action du lésant se manifeste, en particulier, justement en ce qu'il cherche à tirer parti d'une fausse conception que le lésé peut avoir sur la valeur des deux obligations.

Cette section nous a démontré que le juge est souverain pour apprécier la disproportion; que ses pouvoirs sont encore plus grands depuis que le système a évolué dans le sens d'une interprétation « *in concreto* »; que c'est, surtout, au point de vue du lésant qu'il se place dans l'évaluation de la disproportion. Or, toutes ces constatations sont analogues à celles que nous ferons pour la jurisprudence anglaise et s'opposent au système français, qui est imbu d'objectivisme.

C'est là ce que l'on doit en retenir.

CHAPITRE III

Les effets

SECTION I

LA NULLITÉ

Du point de vue civil (1), la lésion a comme effet la nullité absolue du contrat, qui est, conformément au droit commun, et dans le sens de l'article 475 du E. G. B. G. B., réglementée par les articles 812, 817, 819, 822, 823 et 826, C. Civ. all. Plus particulièrement dans notre cas, le contrat entaché du vice de lésion, — étant considéré, par la loi, comme un cas spécial des contrats nuls du chef de l'immoralité, — ses effets seront les mêmes que ceux du premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all.

Le contrat lésionnaire est nul d'une nullité absolue, qui peut donc être prononcée d'office, invoquée par toute personne intéressée, notamment par tous les ayants cause des contractants, et qui ne peut pas être écartée par une confirmation ultérieure du contrat, ce qui se comprend facilement, étant donné justement, qu'il s'agit d'un contrat avéré à l'encontre des bonnes mœurs. La nullité recouvre, non seulement les obligations principales, mais tous les accessoi-

(1) Les effets pénaux de la lésion sont toujours régis, lorsqu'il y a lieu, par les lois du 24 mai 1880 et 19 juin 1893.

res, comme par exemple, les clauses de garanties personnelles ou réelles, et, en vertu de l'art. 344 C. Civ. all. même la clause prévoyant justement l'éventualité de la nullité de l'obligation principale. (2)

Mais, la dissension entre la jurisprudence et une importante partie de la doctrine, commence à propos de la question pratiquement si importante, de savoir si, la prestation accomplie après la conclusion du contrat lésionnaire et en exécution de celui-ci, est, ou non, entachée elle-même de la nullité du contrat. Si la majeure partie des auteurs répondent négativement, la jurisprudence a toujours été ferme à considérer comme nulle toute prestation accomplie en exécution d'une obligation quelconque du contrat lésionnaire nul. La grande importance pratique de cette question réside dans le fait que, selon la conception de la doctrine, on ne dispose que de l'action *de in rem verso* pour ce dont le cocontractant s'était injustement enrichi ; tandis que, d'après l'opinion jurisprudentielle, on accordera l'action en revendication, pourvu, naturellement, que la chose existe encore en nature, et, ce n'est que subsidiairement, pour le cas où la chose n'existe plus, que l'on aura recours à l'action *de in rem verso*. En tout cas, il est bien entendu que l'enrichissement injuste n'est pas représenté par la prestation même du lésé, mais seulement par cette prestation moins le montant de la prestation du lésant. (3)

Pour faire triompher son système, la doctrine qui le défend, s'est évertuée à faire une différence entre, d'une part, la prestation effectuée au moment de la conclusion du contrat, existante par elle-même comme une cause du con-

(2) R. G., t. XLVIII, no. 64, p. 296 ; R. G., t. LXIV, p. 146 ; R. G., t. LVII, no. 22, p. 95, analysé plus bas.

(3) Dernburg, « *Bürgerliches Recht* », t. I, § 127, 88, no. 15 et 32. Enneccerus, *op. cit.*, § 178 II. 3.

trat, et, d'autre part, la prestation accomplie postérieurement à la conclusion du contrat, pour exécuter une obligation assumée par ce contrat, et qui n'est que l'objet d'une obligation qui, à son tour constitue l'objet du contrat (4). D'après cette opinion, la loi, par les termes « *promesse ou prestation* » contenus dans le second alinéa de l'art. 138 C. Civ. all., a visé seulement la première sorte de prestation, c'est-à-dire celle accomplie au moment de la conclusion du contrat, comme c'est le cas pour les contrats réels; ou, tout au plus, une prestation, qui, même effectuée postérieurement le serait dans les mêmes circonstances lésionnaires, comme la conclusion du contrat lui-même, c'est-à-dire, si les éléments constitutifs de la lésion se retrouvent *in continendi* également lors de l'accomplissement de la prestation. Mais, lorsque cette unité du procédé, cette continuité dans le temps ne se réalise pas, l'exécution pure et simple d'une obligation quelconque du contrat nul, n'a pas de raison d'être, à son tour, entachée de nullité. L'immoralité consisterait dans la cause du contrat, concrétisée par la disproportion choquante des obligations, et non pas dans le fait d'exécuter une obligation que l'on avait assumée; une pareille prestation pourra donc, — tout en lui reconnaissant sa validité, — être, tout au plus, considérée sans cause, et, par conséquent, constituer un enrichissement injuste; ainsi, ce n'est qu'aux articles 812 et 817 C. Civ. all. que l'on pourrait recourir (5).

Or, la jurisprudence pense, avec beaucoup de justesse, que, dans notre matière, il n'y a pas lieu de faire ces subtilités doctrinales; il ne serait pas seulement oisif, mais, absolument incorrect de les appliquer aux contrats prévus par le second alinéa de l'article 138 du Code Civil allemand.

(4) Oertmann, *op. cit.*, 817, no. 4; Staudinger, *op. cit.*, t. I, p. 540.

(5) D. J. Z. 903, p. 108.

Dans cet article-ci, — et à la différence d'autres articles du Code, — le législateur a nettement marqué sa volonté, lorsqu'il déclare *expressis verbis* toute « promesse ou prestation » nulles (6). Il considère qu'il y a une si étroite connexion entre la prestation et le contrat lésionnaire en vertu duquel elle a été effectuée, que la nullité du contrat doit recouvrir aussi toute prestation, qui exécuterait les conditions lésionnaires du contrat. C'est justement à propos de la lésion qu'on ne doit plus faire la différence habituelle entre la prestation, cause du contrat accomplie au moment de la conclusion et, la prestation, objet de l'obligation du contrat, effectuée postérieurement à la conclusion du contrat. Le législateur veut qu'elle soit, dans tous les cas, nulle. Ainsi, pour toute transmission de propriété, faite en exécution d'un contrat lésionnaire, on peut intenter l'action en revendication de l'art. 985 C. Civ. all. pour recouvrer la chose, si elle se trouve encore en nature ; il importe peu que cette transmission de propriété ait été faite au moment de la conclusion du contrat ou bien postérieurement à cette conclusion. A côté de l'action en revendication, on pourra intenter aussi l'action en domma-

(6) R. G., t. LVII, no. 22, p. 95 ; 19. 11. 909, où la Cour de Cassation confirmant l'arrêt de la Cour de Karlsruhe, déboute le demandeur, qui soutenait la validité de la transmission de propriété faite en exécution d'un contrat lésionnaire. « Il est vrai que de la nullité du contrat ne résulte pas nécessairement la nullité de l'exécution de fait, sauf convention contraire, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse présente. Mais, à propos d'un contrat lésionnaire, l'art. 138, al. 2, C. Civ. all., dispose exprès que toute promesse et toute prestation seront nulles. Donc, il n'y a pas lieu de faire une différence entre la prestation existante par elle-même, comme cause du changement intervenu dans les patrimoines, et, la prestation accomplie en fonction du contrat, en tant qu'exécution de l'obligation. » Comp. R. G., t. VIII, no. 24, p. 97 du 28 mars 1883, le premier arrêt touchant de près à notre question, rendu sous le régime de la loi de 1880.

ges-intérêts de l'art. 826 C. Civ. all. Ce n'est que subsidiairement que l'on sera obligé de recourir aux actions des articles 812-817 et 822 C. Civ. all. (7) Nous allons, d'ailleurs, revenir sur ce point, avec de plus amples précisions, exigées par la différence que l'on fait entre les actions du lésé d'une part, et les actions du lésant, de l'autre.

La jurisprudence, basée sur les textes mêmes de la loi, considère sa position inébranlable. Mais, elle estime que, même sans considération aucune pour la rédaction de l'article 138 C. Civ. all., les arguments de la doctrine peuvent être réfutés, par la fausseté même de leurs prémisses. La doctrine part, en effet, du principe que l'exécution d'une obligation, qui pourrait être considérée comme un acte abstrait, ne devrait jamais être considérée comme à l'encontre des bonnes mœurs et, par là nulle; si il y a quelque chose qui choque les bonnes mœurs, ce ne peut être que la cause de l'obligation et, par conséquent, la nullité ne doit pas sanctionner l'acte abstrait accompli en exécution de l'obligation, mais, simplement, l'obligation en elle-même. Or, à plusieurs reprises déjà, l'on a démontré tout l'erroné d'un pareil raisonnement, qui ne veut pas admettre la possibilité de l'immoralité d'une prestation abstraite, mais seulement celle de sa cause. Il va presque de soi qu'un acte juridique ne pourra être déclaré comme contraire, ou non, aux bonnes mœurs, en ne pre-

(7) O. L. G. Kiel dans *Mugdan*, t. IX, p. 16; R. G., t. XXXVI, no. 76 (2), p. 308; R. G., t. XCIII, no. 24, p. 74, confirmés par R. G., t. CXL, no. 48 (2), p. 239 du 8. VII. 1925; R. G., t. CIX, no. 56 (1), p. 201 du 18. XI. 1924, où la Cour de Cassation, confirmant l'arrêt de la Cour de Dresden, à propos d'une espèce très intéressante, reconnaît la validité de l'exécution de l'obligation, justement parce que ce n'est pas en vertu de l'art. 138, al. 2, que la nullité du contrat a été prononcée. Par argument *a contrario*, il est à conclure que l'application de l'art. 138, al. 2, aurait comme conséquence la nullité de l'exécution. *Comp. I. W.*, t. XXXII, p. 168; R. G., t. LXIII, no. 48, p. 179; R. G., t. LXXV, no. 18, p. 68; R. G., t. LXXVIII, no. 62, p. 282.

nant, comme norme d'appréciation, que son contenu seul ; mais, que l'on doit, au contraire, considérer à la fois, la complexité de son contenu, de ses motifs, et de ses buts. Soutenir que la loi voulait, toutes les fois, sanctionner le contrat en lui-même, et non pas aussi les actes juridiques qui en découlent, qu'il en était ainsi, au moins en règle, c'est faire tout simplement une pétition de principe. D'ailleurs, rien que la manière dont le législateur a entendu traiter la clause pénale, est une réplique suffisante au système d'interprétation préconisé par la doctrine. Mais, en se rapportant aux travaux préparatoires du Code, la conception du législateur ne peut plus faire de doute. En effet, le premier projet de Code sanctionnait les actes dont « *le contenu est à l'encontre des bonnes mœurs* ». Or, justement, la deuxième commission a répudié cette rédaction, lui préférant celle des textes actuellement en vigueur, laquelle est visiblement plus large.

La vérité est, que, pour chaque article on doit, sans parti-pris, rechercher la volonté du législateur, qui n'est pas unique pour toutes les hypothèses où la question de la validité des actes abstraits peut se poser. Ainsi, on verra que le législateur a, tantôt étendu la nullité du contrat sur toute exécution ultérieure de l'obligation, tantôt validé celle-ci malgré la nullité du contrat (8). Et, voilà pourquoi, en envisageant ainsi le problème, il est hors de doute que, dans notre cas, et toute *promesse* et toute *prestation* seront nulles.

Une autre question, ardemment débattue, est celle que pose l'article 139 C. Civ. all. (9). En vertu de cet article, le

(8) Archiv für ziv. Praxis, t. XCVIII, p. 286.

(9) Art. 139, C. Civ. all. : « *Lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte juridique tout entier est nul, s'il n'y a pas lieu d'admettre que même, sans la partie qui se trouve nulle, l'acte eut été encore accompli.* »

contrat lésionnaire sera nul dans sa totalité, et, non pas seulement pour la partie qui contient les dispositions lésionnaires. C'est ainsi que nous avons rencontré, à la section de l'exploitation, une hypothèse où deux débiteurs s'étaient obligés, envers un créateur, par un même contrat, qui n'était lésionnaire que pour l'un d'entre eux, mais qui permettait à l'autre de se prévaloir de la nullité. (10)

Sur ce point, la jurisprudence se voit approuvée par la majorité de la doctrine. Il n'est toutefois pas sans intérêt de noter aussi les deux autres opinions de la doctrine, et les judicieuses répliques de la jurisprudence.

Un premier courant doctrinaire veut écarter l'application de l'article 139 C. Civ. all. dans notre cas, en considérant que la nullité ne doit recouvrir que seule la partie du contrat qui contient la clause lésionnaire. (11) Il considère comme valable la prestation du lésant et aussi, en partie, la prestation du lésé, c'est-à-dire, en tant que son montant sera proportionné à la contre-prestation, et ce n'est que l'excédent, cause de la disproportion, qui sera recouvert par la nullité. Ainsi, dans l'hypothèse d'un prêt usuraire, le lésé resterait obligé pour le capital et les intérêts normaux, et serait, au contraire, affranchi de l'obligation de payer tout intérêt excessif. Mais, on fait valoir, à bon droit, qu'une pareille solution impliquerait la superposition de deux contrats; un premier contrat principal qui resterait valable, et, un contrat accessoire qui contiendrait les dispositions lésionnaires des intérêts excessifs; ce n'est donc qu'en prouvant la coexistence de deux contrats connexes, que l'on pourrait,

(10) R. G. dans Recht, 08. Beil. 2, p. 190; R. G., t. LXXII, no. 53 (1), p. 216; Eccius D. J. Z. 903, p. 42; Staub, *op. cit.*, obs. 22; Dernburg, *op. cit.*, § 127, II.

(11) Hellmann, « *Vorträge* », p. 128.

en bon droit, appliquer une pareille solution. Un autre courant, celui-ci plus séduisant, tombe dans l'autre extrême, en affirmant que l'article 139 C. Civ. all. doit être appliqué sans exception aucune, dès qu'il est question d'un contrat lésionnaire. (12) En effet, d'après les propres termes de l'article 139 C. Civ. all. tout contrat contenant une disposition nulle, sera nul dans sa totalité, « *s'il n'y a pas lieu d'admettre que, même sans la partie qui se trouve nulle, l'acte eut encore été accompli.* » Or, justement, dit-on un contrat lésionnaire n'eut jamais été accompli sans la disposition lésionnaire, par conséquent, l'article 139 du C. Civ. all. devra forcément toujours trouver application aux contrats lésionnaires qui ainsi, seront toutes les fois nuls en totalité. Mais, deux exemples pratiques nous prouveront la fausseté de cette opinion, qui, au premier abord, paraît séduisante de par sa logique même. Dans l'hypothèse d'un prêt accordé à des intérêts usuraires, si le lésant était à même de prouver qu'il aurait été disposé à conclure le contrat, même à des intérêts normaux, l'article 139 C. Civ. all. ne pourra plus trouver application. Il est vrai que la différence est, dans ce cas toute théorique, parce que, pratiquement, le contrat sera, quand même, nul en entier; non pas, bien entendu, en vertu de l'article 139 C. Civ. all. mais, d'après le premier alinéa de l'art. 138 C. Civ. all. qui punit les actes juridiques à l'encontre des bonnes mœurs. Mais, l'importance pratique se révèle dans l'hypothèse d'un contrat de prêt conclu en toute validité, auquel ultérieurement, on ajoute la clause lésionnaire des intérêts excessifs. Dans ce cas, la nullité recouvrira exclusivement la clause lésionnaire, justement parce que l'article 139 C. Civ. all. sera écarté par la preuve qui résul-

(12) Hölder, *op. cit.*, § 138, obs. 2.

te du fait que le contrat aurait pu s'exécuter, même sans la partie lésionnaire. Le contrat ne sera donc plus nul dans sa totalité, mais seulement en sa partie lésionnaire, gardant, quant au reste, son entière validité.

SECTION II

LES ACTIONS

Le législateur, en abrogeant, par l'article 47, E. G. B. G. B., l'article 3 de la loi de 1880, qui réglementait les actions du lésé et du lésant, a omis de le remplacer par un autre texte de loi. Mais, des travaux préparatoires du Code, il résulte que, par cette abrogation, on n'a pas entendu innover, en quoi que ce soit, et, ainsi, la jurisprudence maintient l'ancien état de choses, qui est d'ailleurs tout à fait en harmonie avec la nullité absolue, et, en vertu duquel, à l'heure actuelle, le lésé dispose des actions suivantes :

a) — L'action en revendication, intentée en vertu de l'art. 985 C. Civ. all. pour rentrer en possession de la chose transmise, si elle se trouve encore en nature. (13)

b) — L'action de l'article 812 C. Civ. all. (14), — prévue pour le cas d'enrichissement sans cause, — que le lésé peut intenter pour récupérer ce dont il a été lésé, étant bien entendu que le montant de la lésion est représenté par la valeur de la prestation du lésé, moins la valeur de la pres-

(13) R. G., t. LXXII, no. 16 (1), p. 61 ; R. G., t. LXXV, no. 18, p. 68.

(14) Art. 812 C. Civ. all. : « *Quiconque, par prestation faite par une autre personne, ou de tout autre manière, fait une acquisition sans cause juridique, aux dépens de cette autre personne, est obligée, vis-à-vis d'elle, à la restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement, ou que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation, tel qu'il ressort du contenu de l'acte juridique, ne se réalise pas. Est également considérée comme prestation la reconnaissance contractuelle de l'existence, ou de la non-existence d'un rapport d'obligation.* »

tation du lésant. A propos de cette action, la doctrine a posé la question de la conciliation des articles 138 et 812, avec l'article 817 C. Civ. all., conciliation jugée inutile par la jurisprudence, qui estime qu'il n'y a pas de place pour l'article 817 lorsqu'il s'agit d'une action du lésé, étant donné que le lésé, en accomplissant sa prestation, n'a nullement agi à l'encontre des bonnes mœurs. Or, ce n'est qu'en raison d'une *turpis causa* que l'article 817 C. Civ. all. pourrait intervenir (15). S'il y a impossibilité pour le lésant de rendre les choses en nature, il sera responsable de la valeur qu'elles ont eue au moment de la conclusion du contrat. (16)

c) — L'action en dommages intérêts de l'article 826 du C. Civ. all. (17). Il est bien entendu que pour la lésion spéciale d'usure proprement dite, qui est aussi punie pénalement, il sera plus simple d'intenter l'action de l'article 823 C. Civ. all. (18).

Si, sur la question des actions du lésé il y a une quasi unanimité d'opinions, une grande divergence sépare la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine, à propos des actions accordées au lésant. D'une part, l'ambiguïté de l'article 817 C. Civ. all., de l'autre, le manifeste manque d'équité

(15) Warn 911, p. 325 ; Warn 915, p. 199 ; R. G. Seuff., t. LXX, no. 120 ; R. G., t. LXIII, no. 48, p. 184 ; R. G., t. LXIII, p. 346 ; R. G., t. LXIX, p. 97.

(16) R. G. 21. XII. 906. II. 254.

(17) Article 826 C. Civ. all. : « *Quiconque cause intentionnellement un dommage, à un autre, d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre, à la réparation du dommage.* »

(18) Article 823 C. Civ. all. : « *Celui qui, par un fait contraire au droit, porte atteinte, avec intention ou négligence, à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété, ou à tout autre droit d'un autre, est obligé envers cet autre, à la réparation du dommage qui en est résulté. La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi ayant pour but la protection d'un autre. Si, d'après le contenu de la loi, cette contravention à la loi est admissible, même en dehors de toute faute de l'agent, le devoir de réparation n'est encouru que s'il y a faute.* »

commis par le législateur, en sanctionnant la lésion par la nullité absolue, ont été les deux grandes causes de cette divergence.

La nullité doit logiquement entraîner avec elle, la possibilité, pour chacun des contractants, — donc, aussi bien pour le lésant, — de récupérer ce qu'il avait transmis. L'action de l'article 985, et notamment celle de l'article 812, devraient être à sa disposition. Aussi, la jurisprudence n'a pas hésité à l'affirmer, tout en s'exposant aux plus acerbes critiques de la part d'une très grande partie de la doctrine. (19)

On a fait valoir que le second alinéa de l'article 817, prévoyant le cas d'une *turpis causa* commune, existante de la part des deux contractants, ce serait le cas d'en faire l'application. Mais, cette première attaque n'était pas difficile à repousser, étant donné que la conclusion d'un contrat lésionnaire ne suppose nullement la *turpis causa* des deux côtés. Si la moralité de la cause de l'obligation du lésant, peut être contestée, il est toutefois indiscutable, qu'au moins le lésé n'a pas agi à l'encontre des bonnes mœurs, en permettant à son cocontractant de s'enrichir à son détriment. Mais, comme l'ambiguïté de la rédaction de l'article 817 C. Civ. all., imperceptible dans sa traduction française, (20) permet même une interprétation qui se contente d'une *turpis causa* unilatérale de la part de celui qui s'est obligé, l'on s'est ratta-

(19) I. W. 1900, p.347 ; Staub, *op. cit.*, obs. 23.

(20) Art. 817 C. Civ. all. : « Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire se soit mis, par son acceptation, en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution. La restitution est exclue lorsqu'une pareille contravention tombe d'une façon identique à la charge de l'auteur de la prestation, à moins que la prestation ne consiste à contracter un engagement; la prestation fournie pour l'exécution d'un pareil engagement ne peut être respectée. »

ché avec acharnement à cette interprétation, pour refuser ainsi au lésant l'action de l'article 812. (21)

L'intention est des plus louables, puisqu'elle veut réaligner l'équité, trop oubliée par le législateur, lorsqu'il sanctionne les contrats lésionnaires, c'est-à-dire justement lorsque l'équité devrait le plus inspirer sa légifération. Or, en déclarant tout contrat lésionnaire nul d'une nullité absolue, il ne s'est pas demandé si cette nullité absolue ne présente pas quelquefois, pour le lésé, des conséquences autrement désastreuses que le maintien de la validité du contrat lésionnaire.

Malheureusement, l'article 817 C. Civ. all. pas plus dans cette dernière interprétation que dans la première, ne peut être appliqué aux contrats prévus par l'article 138, al. 2 (22). Une constante tradition jurisprudentielle, la genèse de l'article 138, al. 2, et sa juste interprétation écartent catégoriquement l'article 817 C. Civ. all. quelle que soit son interprétation. Le lésant, en se faisant accorder l'énorme différence des prestations, a, bien entendu, agi à l'encontre des bonnes mœurs, et, l'article 812 C. Civ. all. intervient justement pour rendre au lésé son dû. Mais, le lésant n'a pas agi à l'encontre des bonnes mœurs, alors qu'il a exécuté sa propre obligation. Par conséquent, cette prestation n'étant pas comme telle à l'encontre des bonnes mœurs, l'article 817, al. 2, même pris dans l'interprétation qui se contente d'une *turpis causa* unilatérale, ne doit pas empêcher le lésant de récupérer ce qu'il a transmis, et qui, autrement, pourrait constituer un enrichissement injuste du lésé. (23) L'article 138, al. 2, a nette-

(21) Dernburg, *op. cit.*, t. I, 127, II, al. 4.

(22) Oertmann, *op. cit.*, § 817, obs. 6; Enneccerus, *op. cit.*, § 138; Archiv für ziv. Praxis, t. XCVIII, p. 286.

(23) Il n'est pas sans intérêt de noter les grands efforts faits en vue de pallier à l'iniquité de la nullité absolue. Ainsi, Rümelin, dans Archiv für. ziv. Praxis, t. XCVIII, p. 273, en cherche la solution

ment marqué la volonté du législateur, en déclarant nulle toute « promesse ou prestation. » Par conséquent, et sans répéter les considérations que nous avons envisagées plus haut à propos de la nullité, l'on doit accorder au lésant, autant l'action de l'article 985, que celle de l'article 812, C. Civ. all. L'article 817, quelle que soit son interprétation, ne doit pas plus intervenir à l'encontre des actions du lésant, qu'il ne le peut à propos des actions du lésé. (24) Si le système jurisprudentiel n'est pas le plus équitable, il est le plus juridique, et, il demeure, en même temps, le fidèle interprète de la volonté du législateur. En effet, l'article 3 de la loi de 1880, donnait au lésant, *expressis verbis*, les actions pour

dans la procédure. En prenant comme point de départ le manque de l'élément immoral dans le fait que le lésant exécute sa propre obligation, admettant ainsi l'inopposabilité de l'art. 817, on veut donner au lésé la faculté d'imposer au lésant le respect du contrat. Pour cela, on tâchera de faire valoir l'obligation du lésant, qui pourrait se trouver garantie. Ce n'est que lorsque le lésé n'exécute pas son obligation, ou qu'il récupère ce qu'il avait transmis, qu'il ne pourra, sous aucune forme, prétendre aussi à la prestation du lésant, puisqu'il tombera sous le coup de l'article 812 C. Civ. all., qui intervient dès que le lésé s'enrichit injustement au détriment du lésant. Or, le lésé devrait, justement, pouvoir écarter pareille situation, par une renonciation à ses droits, comme à son action en revendication par exemple, ou bien, — s'il n'avait pas encore exécuté ses obligations, — par cette exécution même. De cette façon, il détruirait la base de droit de l'action du lésant, qui ne pourrait être intentée qu'en raison d'un enrichissement injuste du lésé. Mais, ce système, qui veut sauver l'équité par la tangente, n'est malheureusement pas conciliable avec la conception jurisprudentielle, sur la nullité absolue des obligations et de leur exécution. C'est une situation, comme il s'en trouve souvent lorsque l'on s'évertue à faire sortir de la loi le contraire de ce qu'elle représente, afin de réparer ainsi une faute du législateur, faute qui, malgré sa gravité, doit être, néanmoins respectée.

- (24) On aura remarqué une certaine incohérence dans les arguments donnés pour écarter l'article 817 C. Civ. all. En effet l'on s'attache tantôt à la nullité absolue de la prestation du lésant, ce qui présume l'élément immoral, tantôt en admettant sa validité, on veut échapper à l'art. 817, en faisant justement valoir le manque de l'élément immoral dans le fait d'exécuter son obligation. Cette incohérence, d'ailleurs toute théorique, tient à ce que la partie de la doctrine qui se rallie à la jurisprudence, en ce qui concerne l'art. 817, en diffère par des conceptions opposées, en ce qui concerne les effets de la nullité du contrat sur l'accomplissement en fait, de la prestation.

recupérer ce qu'il avait transmis, en lui accordant aussi les garanties prévues par le contrat nul. Or, rien ne prouve qu'en abrogeant, par l'article 47 E. G. B. G. B., l'art. 3 de la loi de 1880, les auteurs du Code Civil allemand aient eu la moindre intention d'innover. Au contraire, — et, les travaux des commissions en sont une preuve suffisante, — le législateur a supposé que, par l'interprétation des textes actuels, on arrivera aux mêmes résultats que par l'article 34 de la loi de 1880, actuellement abrogé. La conception jurisprudentielle de la nullité s'avère ainsi, en complète harmonie avec la technique législative du Code Civil allemand.

En résumé, on voit que le lésé aura beau respecter le contrat, le lésant pourra, néanmoins, intenter soit l'action en revendication de l'article 985 C. Civ. all. soit l'action *de in rem verso*, de l'article 812 C. Civ. all.

Si ce résultat est d'un manque d'équité manifeste, ce n'est pas à la jurisprudence qu'il faut s'en prendre; c'est au législateur seul qu'il faut adresser tous les reproches.

La jurisprudence n'a fait que mettre en pratique l'œuvre législative. Dans cette tâche, elle a agi très consciencieusement, en refusant, avec beaucoup de justesse, de s'engager dans la voie par trop prétorienne de la doctrine, qui voulait, à tout prix, *juris civilis supplendi gratia*, faire imposer dans notre matière, le principe « *turpitudinem suam allegans non auditur* ». (25) Ce n'est pas au mépris du droit positif que l'on doit réaliser l'équité.

Selon nous, tout le mal réside dans la conception objective du contrat. C'est elle qui a obligé le législateur allemand

(25) Riezler, *op. cit.* en conclusion. En fin de compte, il est à remarquer un point qui n'est pas controversé et, qui a été inspiré justement par l'équité. En vertu de l'art. 393 C. Civ. all., le lésant ne peut pas, avec sa prétention, faire éventuellement la compensation. R. G. 21, XII. 906 II. 254.

à sanctionner la lésion par la nullité absolue. En France, où domine la conception subjective du contrat, l'introduction du principe général de la lésion serait préservée d'un semblable manque d'équité. Hélas, on s'y décide difficilement.

SECTION III

DE QUELQUES PARTICULARITÉS

Nous achevons la partie concernant le droit allemand, en notant quelques points qui nous paraissent intéressants, et, qui touchent à la confirmation du contrat lésionnaire, à la question de la chose jugée, aux droits des tiers, ou à la rétroactivité de l'article 138 C. Civ. all.

La lésion étant sanctionnée par la nullité absolue, le contrat lésionnaire ne pourra être rendu valable par une simple confirmation. C'est l'article 141, al. 2, C. Civ. all. qui intervient et, en vertu duquel, pour rendre valable un contrat nul d'une nullité absolue, on doit parfaire les obligations, afin de les rendre telles qu'elles auraient dû être pour que le contrat fut valable. Dans notre matière, (26) par conséquent, le changement se manifesterait dans le rapport des deux obligations, qui, pour échapper à la nullité, doivent être proportionnées de telle sorte qu'il n'y ait plus de disproportion « évidente » entre elles. (27) Il est d'ailleurs bien entendu, que cette sorte de confirmation — pour ainsi dire, — ne peut, à son tour, toucher en rien aux droits des tiers qui, entre temps, auraient compté sur la nullité du contrat lésionnaire. (28)

(26) I. W. 911, p. 187, no. 17.

(27) R. G., t. LXXV, no. 26, p. 114.

(28) R. G., t. LXXV, no. 26, p. 116.

La question de savoir si un contrat est, ou non, à l'encontre des bonnes mœurs, et par conséquent, si, dans notre cas, les éléments constitutifs de la lésion sont, ou non, réunis, est une question de droit. Comme telle, elle est soumise à l'appréciation de la Cour de Cassation, qui aura, et le droit, et l'obligation, de juger si les faits constatés par les instances de fond sont à même de répondre aux conditions exigées par la loi, pour caractériser la lésion. (29) Ainsi, par exemple, la notion d'exploitation, ou bien celle de besoin, sont des questions de droit, par excellence. (30)

L'article 767 Z. P. O. consacrant le principe « *res judicata pro veritate habetur* », s'oppose naturellement à toute invocation ultérieure de l'art. 138 C. Civ. all.

Mais, il est à noter, que, malgré le jugement définitif, un tiers, notamment le garant, pourrait invoquer avec succès, l'immoralité du contrat (Articles 767 et 686). Il va sans dire qu'un jugement définitif, validant en droit, un contrat, n'a pas pu, par cela même, le rendre, en fait, conforme aux bonnes mœurs (31). La situation change, naturellement, si le jugement lui-même a été amené par des circonstances contraires aux bonnes mœurs. Dans ce cas, le lésé peut, — pour le moins, — en vertu des art. 829 et 249, écarter les dommages matériels que le jugement aurait pu lui causer. (32)

(29) R. G., t. LXVII, no. 29, p. 101.

(30) I. W. 905, no. 75 (8) ; I. W. 909, no. 45 (3).

(31) Gruch., t. LIII, p. 908 ; R. G., t. LVI, no. 26, p. 109.

(32) R. G. I. 14. 10. 05 ; I. W. 905, no. 68 (4) ; R. G., t. LIX, p. 257 ; R. G., t. XXXIX, no. 35 (2), p. 142, a posé pour la première fois, la question d'un jugement définitif, déclarant valable un contrat lésionnaire, et que le lésant a pu obtenir, en continuant justement d'exploiter la légèreté du lésé. La possibilité de la révision a été admise. R. G., t. LXI, no. 87, p. 359 du 14. X. 1905, est venu compléter l'arrêt précédent. La Cour de Cassation infirme l'arrêt de la Cour de Berlin qui, dans l'espèce, voulait appliquer la solution de l'arrêt précédent. « Or, dans le cas précédent, le lésant

En ce qui concerne la rétroactivité de l'article 138, al. 2, la jurisprudence a bâti un système basé essentiellement sur l'équité. Si le contrat a été conclu et exécuté avant la promulgation de la loi, c'est-à-dire avant le 1^{er} Janvier 1900, la rétroactivité n'agit pas et les prestations restent valablement effectuées. (33) La situation de droit est considérée comme acquise et elle garde sa validité également sous l'empire du Code Civil allemand. (34) C'est là l'opinion de la jurisprudence, en ce qui concerne les contrats qui ont reçu une exécution. (35)

Mais, il en va tout autrement pour les obligations assumées et non encore exécutées, auxquelles la jurisprudence n'hésite pas à appliquer la nullité de l'article 138 C. Civ. all. (36).

Donc, les conventions lésionnaires qui, à la date du 1^{er}

a continué, même au cours de l'instance, d'exploiter la légèreté du lésé, en lui persuadant que, tout en faisant valoir en justice la lettre de change, il ne pensera pas à profiter du jugement, si le lésé s'abstient de faire appel. Etant donné que le lésé se trouvait toujours sous l'empire du lésant, le jugement définitif rendu dans ces conditions, a pu être révisé, ce qui n'est plus le cas dans l'espèce présente, et le jugement doit rester définitif. Mais, d'autre part, cela ne signifie pas que le contrat ait été, en fait, rendu conforme aux bonnes mœurs, etc... »

(33) Rspr. O. L. G., t. I, p. 447.

(34) I. W. 907, p. 167, no. 4 ; I. W. 910, p. 62, no. 5.

(35) Bayr. O. L. G., t. II, p. 602.

(36) I. W. 900, p. 1 ; R. G., t. XLVII, no. 23, p. 103, confirmant l'arrêt de la Cour d'Oldenburg, en appliquant la nullité de l'art. 138, al. 2, C. Civ. all. : « L'art. 170 E. G. B. G. B. déclare, il est vrai, que la loi ne sera pas applicable aux obligations nées avant le 1^{er} janvier 1900. Mais, tout d'abord, les motifs du premier projet admettent (article 103, p. 257) que les dispositions prohibitives peuvent s'appliquer même à cette sorte d'obligations ; ensuite, dans le protocole de la deuxième commission (t. VI, p. 498), la même idée revient. Or, de la rédaction de l'article 138, al. 2, il résulte, justement, qu'on peut l'appliquer aux obligations contractées avant la promulgation du Code. En disant : « Est nul en particulier », le législateur a considéré le contrat lésionnaire comme particulièrement contraire aux bonnes mœurs. Le juge, par conséquent, ne peut pas donner force de loi à un pareil contrat. »

Janvier 1900, n'étaient pas encore exécutées, n'auront pas force de loi, pour les parties contractantes. (37)

En fin de compte, on n'aura pas de peine à comprendre le souci de la jurisprudence de sauvegarder la rétroactivité, étant donné que, précisément l'article 138 C. Civ. all. est une disposition d'intérêt public. D'autre part, on approuvera aussi qu'à côté de l'intérêt public, la jurisprudence se soit empressée de tenir compte de l'équité, laquelle, justement à propos de la lésion, n'aurait pas pu être négligée.

(37) I. W. 907, p. 167.

CHAPITRE IV

SECTION I

LA JURISPRUDENCE ANGLAISE

La conception du contrat en France, est la conception subjective ; cette conception, basée sur l'autonomie de la volonté d'abord, et sur le *concursum voluntatum* ensuite, doit logiquement, et grâce à son caractère consensualiste, psychologique, immatériel, cadrer très bien avec la notion de lésion. Au contraire, une conception objective du contrat devrait être, en bon droit, exclusive de cette notion.

Or, en Angleterre, comme en Allemagne, c'est justement la conception objective du contrat qui domine ; il n'en est que plus intéressant à constater que ce n'est pas en France, mais bien en Angleterre et en Allemagne, que la notion de lésion est arrivée à un développement qui, dans l'histoire du Droit contemporain, n'a pas son pareil. Et, comme c'est notamment la législation anglaise qui a, sur la lésion, une conception encore plus large que celle qui existe en Allemagne et que nous préconisons pour la France, en faisant un court aperçu sur la lésion en Angleterre, nous gagnerons le plus fort argument en faveur de la législation allemande, à l'encontre de ceux qui y verraient encore un danger pour la sécurité du commerce juridique.

En Angleterre, tout comme en Allemagne, la conception objective du contrat est basée sur la forme et sur la déclaration de volonté. Ce n'est donc pas la volonté intime, psycho-

logiquement constatée qui est déterminante, mais, c'est la forme que cette volonté a revêtue, qui doit être prise en considération. Mais, comme en Droit Romain, ce formalisme du Droit anglais a été rendu très souple, là où il s'avérait trop rigide, aux moyens des principes du formalisme lui-même ; là où cela n'était pas possible, ou pas suffisant, c'était à la jurisprudence des Cours d'équité de réaliser la réforme. Or, grâce à la technique du Droit anglais, elles pouvaient à merveille accomplir leur tâche et, aujourd'hui encore, dans notre matière, elles ont la nette tendance d'élargir toujours la sphère de leur œuvre.

A ce point de vue, nous passerons en revue deux jurisprudences des Cours d'équité ; d'abord, et plus brièvement, celle de la notion de l' « *innocent misrepresentation* », et ensuite, en ses détails, celle de l' « *undue influence* ».

La notion de l'*innocent misrepresentation* est née du principe jurisprudentiel selon lequel : « *c'est manquer à son devoir (duty) que de réclamer l'exécution d'une obligation que l'on a obtenue par une déclaration (representation) fausse, (mis...) même donnée sans fraude, (innocent), c'est-à-dire en toute bonne foi.* » Comment imaginer un principe plus large, une notion de dol plus compréhensive ?

Le Droit français présente, sur ce point aussi, une grave lacune, par l'absence d'une théorie d'ensemble. Pourquoi un principe général, comme on l'a proposé « *pour toute erreur provoquée, par une partie, dans l'esprit de l'autre, et, qui la détermine à contracter* », serait-il plus dangereux pour la France que pour l'Angleterre ? Mais, ce point capital sera discuté plus amplement dans notre conclusion.

Pour l'instant, il faut retenir, la lacune du Droit français, où ce principe n'a reçu application que sur certains points

de détail, par exemple, en matière d'assurance et de garantie de vices cachés; le palliatif de la jurisprudence française, qui habituée à être prétorienne, dans une interprétation bien large de l'erreur, annule les contrats basés sur des fausses déclarations données de bonne foi, portant sur une qualité substantielle de l'objet, exigeance souvent fort embarrassante.

D'autre part, on doit retenir la grande analogie qui, également sur ce point, existe entre le Droit anglais et le Droit allemand lequel pose en principe que : « *le seul fait, non pas d'avoir connu, mais simplement de se trouver dans une situation qui aurait dû permettre de connaître, l'existence du dol, suffit à constituer en faute celui des contractants qui voudrait en profiter.* »

Somme toute, tandis qu'en Droit français, le principe de la *misrepresentation* anglaise n'est consacré que par quelques textes de détail et par un effort d'extension jurisprudentielle, en Droit allemand il jouit de la même généralité que dans le Droit anglais, tenu compte naturellement, du système législatif qui domine en Allemagne, où, de même qu'en France, les juges « *ne font pas le droit* ». Et, *last not least*, il est à remarquer qu'à la différence du Droit français, les Droits anglais et allemand, dans l'application du principe, s'attachent plutôt à la personne de celui qui induit en erreur, qu'à celui qui la subit.

La *misrepresentation* est traitée, par les Droits que nous commentons, presque de la même façon que sa voisine l'*undue influence*, la notion qui correspond à l'idée continentale de lésion.

Qu'est-ce que l' « *undue influence* » (influence indue) ? Carter la définit : « C'est l'influence obtenue par l'usage non conforme à la conscience, dû à un rapport entre les parties,

présentant d'une manière générale, quoique non nécessairement, un caractère fiduciaire ; c'est-à-dire, partout où une influence a été acquise, dont on a abusé, partout où une confiance reposait et a été démentie. » C'est une définition classique, répondant à l'esprit anglais qui a horreur des définitions, et surtout de celles qui sont trop concises ; mais, nous lui préférons, quand même, celle de Halsbury qui, par *undue influence* entend, le fait contraire à la conscience, dont une personne s'est rendue coupable en faisant usage de l'ascendant qu'elle possédait sur une autre personne, dans le but de l'amener à contracter. Il est, d'ores et déjà, à remarquer que, de même qu'au cas de *misrepresentation*, c'est la conduite abusive du lésant (*unfair dealing*) que l'on examine, et, non pas le consentement du lésé. Ce caractère saillant du Droit anglais révèle en même temps du Droit allemand. Dans tous les deux, le fondement de la lésion est l'immoralité, et, c'est en tant qu'immoral que l'on sanctionne le contrat, l'« *unconscionable bargain* ». De même qu'en Droit allemand la simple disproportion des prestations, en Droit anglais, la simple « *inadequacy of consideration* » ne suffit pas à rendre le contrat lésionnaire, sauf, lorsque, par son énormité, elle peut constituer une présomption de la lésion.

Celui qui allègue la lésion doit, en principe, fournir la preuve conformément à l'adage : *Onus probandi incumbit actori*. Mais, dans le cas d'*undue influence*, la jurisprudence anglaise a, pendant sa longue évolution, établi toute une série de présomptions qui ont pour effet de renverser, dans les cas les plus fréquents, la charge de la preuve. Ce n'est qu'après coup que le législateur est intervenu pour réglemen-

ter l'évolution jurisprudentielle des Cours d'équité (*equity*) en consacrant la théorie de l'*undue influence* totalement ignorée par la « *common law* ».

Toutes les fois qu'une personne se trouve, vis à vis d'une autre, dans des relations basées sur une confiance (*fiduciary relation*), la présomption joue, et c'est au défendeur, au lésant dans notre cas, à faire la preuve de l'absence de l'*undue influence*, conformément au principe : *reus in exipien di fit actor*.

Les hypothèses les plus fréquentes où cette présomption est appliquée, et qui concernent plus spécialement soit des rapports d'ordre moral, soit des rapports d'affaires, sont les suivantes :

Lorsque le contrat intervient entre père ou mère et l'enfant non émancipé, il y a présomption que l'enfant a contracté sous l'*undue influence* de son cocontractant. De même, pour tous les rapports similaires à celui-ci, comme lorsqu'une personne, remplissant certaines conditions d'âge, peut, selon les circonstances, être considérée comme *loco parentis*. Ainsi, par exemple, un proche parent qui a élevé l'enfant ; ou bien (exceptionnellement, comme le cas s'est présenté), ce peut être l'enfant lui-même qui a usé de l'*undue influence*, en contractant avec son parent, lequel, d'un âge très avancé, pouvait être considéré comme aussi faible qu'un enfant. Dans ce cas, c'est à l'encontre de l'enfant lui-même que jouera la présomption. De même, et à fortiori, la présomption vise le tuteur qui a contracté avec son ancien pupille ; mais, elle est restreinte toutefois, aux actes passés peu de temps après la majorité du pupille.

Il est très intéressant de constater que la présomption est écartée là, où, à première vue, elle serait nécessaire, no-

tamment entre mari et femme. La raison qui paraît avoir été déterminante pour ne pas appliquer la présomption dans ce cas, c'est qu'une fois admise, on pourrait difficilement la combattre, et que l'on risquerait fort qu'elle ne devienne, en fait, une présomption *juris et de jure*. Mais, estimant tout de même comme indiqué d'intervenir aussi à propos des rapports entre époux, la jurisprudence s'est arrêtée à mi-chemin, en appliquant une solution hybride, selon laquelle, tout en écartant la présomption, on laisse subsister un de ses effets, en enjoignant au lésant de prouver que le contrat a été clairement expliqué au lésé. Nous verrons plus loin que cette preuve là n'est, en réalité, que l'un des effets de la présomption d'*undue influence*. D'ailleurs, nous tenons à remarquer, qu'en pratique, la situation du lésé par un contrat passé entre époux, sera grandement atténuée, étant donné qu'ici, plus que dans toute autre hypothèse, la preuve de l'*undue influence* sera facile.

Une autre hypothèse importante, où l'influence d'ordre moral se révèle plus particulièrement, est celle des rapports entre un directeur de conscience (*clergyman*), et son fidèle. La présomption s'applique à tous les contrats sans exception, qui auraient pu se passer entre eux, et, non pas comme dans l'« incapacité » du Droit français, qui vise seulement la dernière maladie. La même constatation vaut pour les relations de médecin à client, sous la condition que les relations soient continues et fréquentes. Enfin, c'est toujours à cette rubrique qu'il faut noter les rapports entre le spirite et son médium.

Avant de passer aux relations d'affaires, susceptibles de faire présumer la lésion, nous mentionnerons l'exécuteur testamentaire, (*executor by testament*), qui, en Droit anglais, est avec le testateur en un rapport qui a le caractère d'affaires

et d'ordre moral à la fois, et, où l'*undue influence* est également présumée.

En ce qui concerne maintenant, les relations d'affaires proprement dites, la présomption est appliquée à de nombreuses situations. Ainsi, envers l'administrateur (*trustee*), qui gère les biens d'autrui (*cestuy que trust*), ce dernier est le véritable propriétaire, mais, comme ses biens se trouvent longtemps en la possession de l'administrateur, qui, par là, est plus à même de les connaître, le propriétaire est présumé avoir été lésé, mais seulement lorsqu'il est question de l'un des biens qui se trouvent au pouvoir du *trustee*.

Un autre cas très important de *fiduciary relation*, est le contrat d'*agency*, qui se rapproche beaucoup du contrat de mandat du Droit français, avec cette différence qu'entre le mandataire (*agent*) et le mandant (*principal*), il y a un lien de subordination; tout contrat passé entre eux, est sans exception, présumé lésionnaire. De même, dans une hypothèse analogue, qui est celle des rapports d'un conseil juridique, (*solicitor*), avec son client, leur caractère fiduciaire étant hors de doute.

Donc, d'une manière générale, la jurisprudence des Cours d'équité estime qu'il y a *fiduciary relation*, et, par là même, *undue influence*, dans tous les cas où l'un des contractants à la charge constante de certains intérêts de l'autre, et où, par conséquent, leurs rapports reposent sur une confiance. C'est cette confiance que le lésé a eue envers le lésant, lors de la conclusion du contrat, qui fait présumer qu'il n'a pas été souverain de son consentement, qu'il n'a pas été un *free agent* (libre d'agir). En partant de ce principe, les Cours d'équité sont arrivées à présumer l'*undue influence*, même en dehors de toute considération de *fiduciary relation*.

pourvu que d'autres circonstances laissent supposer que, lors de la conclusion, le lésé n'a pas été un *free agent*. C'est ainsi que, de bonne heure déjà, la jurisprudence annula très facilement les ventes de « *reversion* », c'est-à-dire les contrats par lesquels des fils de famille vendaient leurs droits héréditaires. Or, ces ventes constituaient, par leur fréquence, grâce à la légèreté juvénile des vendeurs et à la richesse de leurs familles, un champ fécond pour la lésion. Et alors, les Cours d'équité n'hésitèrent pas à considérer de pareils contrats comme immoraux, comme « *unconscionable bargain* », c'est-à-dire marché inconcevable, et l'*inadequacy of consideration*, la disproportion des obligations, amenait très facilement la nullité du contrat. Contre cet état de choses, le législateur dut intervenir, et la loi de 1867 déclare que, tout contrat de *reversion* sera légalement présumé avoir été conclu sous l'*undue influence*; mais, cette présomption ne deviendra jamais une présomption *juris et de jure* par l'énormité de la disproportion matérielle. Ce principe, établi à l'occasion des contrats de *reversion*, faits par des fils de famille en tant qu'héritiers en expectative (*expectant heirs*), a été étendu, au commencement du xx^e siècle, comme principe général aux hypothèses les plus variées, pourvu qu'il s'agisse d'un « *unconscionable bargain* ».

Dans leur tâche, les Cours d'équité ont été secondées par le législateur qui, après la loi de 1867, s'occupe, dans celle de 1874 sur la marine marchande, de l'hypothèse du sauvetage d'un navire, occasion propice pour les conventions lésionnaires. Mais, l'acte législatif le plus important dans notre matière, est le « *Money-lenders-act* » de 1900, étendu par la loi de 1911. C'est une loi d'exception qui, comme son nom l'indique, concerne les prêteurs (*lenders*) d'argent (*money*).

En effet, après la loi de 1854, l'usure ne connaissant plus de bornes légales, avait fait des ravages, donnant fréquemment aux Cours d'équité, l'occasion d'appliquer la théorie de l'*undue influence*.

L'interprétation du « *money-lenders-act* » a donné lieu à une grande controverse, à cause de l'ambiguïté de sa phrase la plus importante. L'opinion qui a prévalu en fin de compte, la plus défavorable pour les prêteurs, admet que le juge peut réduire l'obligation, s'il estime que, dans les circonstances données, le taux de l'intérêt a été trop élevé, sans plus poser la question de la conduite du prêteur, de l'*unconscionable dealing*. Le contrat peut donc constituer un *unconscionable bargain*, sur le seul fait de la disproportion des obligations, disproportion qui consistera, le plus souvent, dans le taux de l'intérêt, mais pas nécessairement, puisque une clause pénale trop léonine, par exemple, pourra aussi bien rendre le contact « *unconscionable* ».

On a vu que la présomption d'*undue influence* a pour effet de renverser la charge de la preuve. Comme cette présomption n'est qu'une présomption *juris tantum*, on peut fournir la preuve contraire, en démontrant : que le *fiduciary* n'a eu aucune répercussion sur la conclusion du contrat, que toute autre personne étrangère aurait contracté dans les mêmes conditions ; que, par conséquent, celui en faveur de qui joue la présomption a été, en réalité, un *free agent*. Cette preuve contraire devra être basée, tout d'abord, sur l'absence d'une disproportion des obligations réciproques du contrat, c'est-à-dire sur l'absence d'*undervalue* qui révélerait l'*inadequacy of consideration* rencontrée plus haut. Mais, comme la disproportion matérielle n'est pas, par elle-même, une preuve de lésion, inversement, l'absence de disproportion

n'écarter pas encore la présomption d'*undue influence*. Pour cela, il faut encore prouver que le présumé lésé a pleinement compris le contrat, au moment de sa conclusion. Toutefois, le juge peut, malgré tout, prononcer la nullité si, lors de la conclusion du contrat on a manqué de faire appel à un « *independent and competent advice* », c'est-à-dire à une personne compétente qui en conseillant la personne protégée par la présomption, écarterait toute *undue influence*. L'*advice* doit être indépendant, ce qui sera difficilement le cas s'il a conseillé les deux parties contractantes, comme cela arrive souvent ; et, il doit être compétent dans la matière, autrement on risquerait de donner lieu à l'*innocent misrepresentation*. Et, en fin de compte, le juge prendra aussi en considération d'autres circonstances, comme l'imprudence, la hâte, etc..

L'*undue influence* une fois admise, le juge sanctionnera le contrat par la nullité, ou bien obligera le lésant à une compensation équitable, sauf en cas de prêt où le juge réduira l'obligation du débiteur. Ce n'est que depuis le *Money-lenders-act* que le juge peut corriger le contrat ; auparavant, les Cours de Chancellerie n'avaient pas d'autre arme que la nullité.

Il est curieux de constater que les frais de procès ne sont habituellement octroyés ni à l'une ni à l'autre partie ; on considère que, lorsqu'une personne réussit à établir la lésion, elle trouvera dans la sanction, une rémunération suffisante.

En ce qui concerne les effets à l'égard des tiers, on fait la différence entre les tiers à titre gratuit, auxquels on peut toujours opposer la nullité, et les tiers à titre onéreux, qui se la voient opposer seulement s'ils ont été de mauvaise foi, c'est-à-dire en connaissance de l'*undue influence*.

Puisque le contrat sera nul d'une nullité relative, on peut le confirmer, et les juges considèrent même comme une confirmation tacite le fait d'intenter l'action avec un certain retard. Ils demandent que l'on agisse promptement et cela pour deux raisons : d'abord, pour maintenir intacte la sécurité du commerce, et ensuite, parce que le lésant peut à bon droit compter sur la confirmation dès que le lésé ne pense pas à protester. Il va de soi que, pour que la confirmation expresse soit valable, le lésé ne doit plus se trouver sous l'action de l'*indue influence* du lésant, autrement la confirmation de la validité du contrat ne serait, au fond, qu'« une confirmation » de l'*undue influence*.

Avant de terminer cette esquisse de la lésion dans la jurisprudence anglaise, une constatation s'impose, à propos de la sanction dont nous venons de parler. Le Droit anglais, comme le Droit allemand, a fondé la sanction de la lésion sur les bonnes mœurs, sur l'ordre public. La logique juridique exigeait qu'une semblable sanction soit la nullité absolue. C'est elle que l'on a relevée dans le Droit allemand, lequel, pour la respecter, n'hésite pas à sacrifier l'équité, comme nous l'avons détaillé plus haut. Se plaçant sur le terrain exclusif de l'équité, le Droit anglais, au contraire, a sanctionné la lésion par la nullité relative, la seule indiquée en une pareille matière. Mais, étant donné que, d'une part on a fondé la lésion sur un principe qui commande, comme sanction, la nullité absolue, et que, d'autre part, on ne la sanctionne que par la nullité relative, le Droit anglais mérite, sur ce point, le reproche d'être peu juridique. Le système anglais, pas plus que le système allemand, ne peut donc être pris comme modèle par un législateur qui veut, en sanctionnant la lésion, tenir compte, à la fois et de l'équité et de la

logique juridique. Or, nous verrons dans la conclusion, que le législateur français, grâce à la conception subjective du contrat, qui domine en France, pourrait réaliser l'équité en sanctionnant la lésion par une nullité relative, qui, malgré tout, remplirait une fonction des plus harmonieuses dans l'organisme juridique du Droit français.

SECTION II

LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

En face du principe exclusif de la lésion, posé par le Code Civil français, la jurisprudence a fait, dans notre matière, une œuvre des plus fécondes, mais qui ne pouvait être que franchement prétorienne. Nombre d'auteurs se sont occupés de la lésion en Droit français, parmi eux notamment, MM. Louis-Lucas et Demontès, de telle sorte que, tout au moins que pour un certain temps, il n'y aura rien à ajouter. Si cependant nous lui consacrons une courte section, c'est pour mettre en évidence les importantes difficultés que la jurisprudence française a été obligée de surmonter dans le but d'apporter quelques remèdes épars à une disposition du Code Civil qui ne correspond pas aux exigences de la vie juridique d'aujourd'hui. On se rendra compte combien les efforts de la jurisprudence française auraient porté de fruits incomparablement plus heureux — cela avec beaucoup moins de peine et beaucoup plus de fidélité envers le législateur, — si la réforme législative que nous préconisons avait été réalisée telle qu'elle l'a été en Allemagne, où l'œuvre de la jurisprudence prend, par son harmonie et ses larges possibilités, un aspect tout différent, sans être pour cela obligée de s'aventurer sur le terrain prétorien.

Nous passerons d'abord, sommairement, en revue les textes de loi, pour essayer ensuite de caractériser l'œuvre jurisprudentielle.

C'est dans l'article 1118 que le Code Civil a posé le principe exclusif de la notion de lésion, dont les termes sont : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats, ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué dans la même section. Ce principe est répété par l'article 1313 : « Les majeurs ne sont restitués, pour cause de lésion, que dans le cas et sous les conditions spécialement exprimées dans le présent Code. » Les termes négatifs des deux articles que nous venons de citer, marquent bien la volonté du législateur de n'admettre la lésion qu'à titre exceptionnel et limitativement. Ces exceptions sont faites, — et encore sous certaines conditions, — en faveur de la vente d'immeubles, du partage, de l'acceptation d'une succession, et, si l'on veut, du prêt à intérêt.

En ce qui concerne l'exception faite pour la vente d'immeubles, — contenue dans les articles 1674 et suivants, qui admettent la rescision pour lésion de sept douzièmes, — c'est bien au Premier Consul qu'on la doit, plus encore qu'à la tradition. Il l'a imposée, non pas pour des raisons d'équité, comme il sied à notre matière, mais pour des motifs politiques et sociaux, d'après lesquels l'Etat, tout en laissant une complète liberté aux conventions en matière mobilière, doit réglementer celles qui touchent au sol de la Patrie. Cela explique que la lésion ne puisse être invoquée que par le vendeur. Malgré cette restriction, les adversaires de l'idée de lésion en ont amené une autre, qui, une fois de plus, prouve l'œuvre transactionnelle des auteurs du Code, en établissant l'ancienne prescription de l'action en rescision, par un délai

préfixe de deux ans, qui court contre les femmes mariées, les absents, les interdits, et contre les mineurs, venant du chef d'un majeur. Naturellement, toute renonciation de la part du vendeur à l'action en rescision, est nulle, tout au moins si elle est contenue dans l'acte même de la vente. De son côté, l'acheteur pourra empêcher la rescision, en offrant le supplément dû, jusqu'au montant des neuf dixièmes du juste prix. La rescision a un effet réel, c'est-à-dire qu'une fois prononcée, elle anéantira la vente rétroactivement, sans considération pour les intérêts des tiers.

Enfin, pour éviter toute controverse, le législateur a pris soin de déclarer expressément, dans l'article 1706, que le contrat d'échange n'est pas rescindable pour motif de lésion. Tant on a tenu à marquer son caractère exceptionnel.

La deuxième exception a été faite en faveur du partage. Le principe que l'égalité est l'âme des partages, a concilié sur ce point les adversaires et les partisans de l'idée de lésion, et, les articles 887 et suivants, n'ont pas occasionné de discussions, comme l'ont fait, à propos de ventes d'immeubles, les articles 1674 et suivants. C'est l'idée d'égalité qui a fait admettre la rescision à partir de la lésion d'un quart. De même qu'à une vente d'immeubles, les suites d'une rescision peuvent être arrêtées en offrant au lésé le surplus dû. Or, c'est justement à cause de l'égalité, qu'à la différence de ce qui se passe à la vente d'immeubles, ici, on n'a plus la possibilité de retenir quoique ce soit sur le supplément nécessaire pour réaliser cette égalité. Ce principe d'égalité est si fort, qu'il s'applique non seulement aux partages proprement dits, mais, à tout autre acte qui met fin à une indivision, même si sa nature juridique n'est pas celle d'un partage. Le délai de prescription de l'action en rescis-

sion est celui de droit commun, c'est-à-dire de dix ans, sauf pour le partage d'ascendant, — prévu par les articles 1075 et suivants, — fait par testament, dont le délai est de trente ans. En ce qui concerne le partage d'ascendant, il est à remarquer, que pour établir le montant de la lésion, on devra tenir compte des principes de la quotité disponible et de la réserve, ce qui fait que le cohéritier doit recevoir, au minimum, trois quarts de sa part de réserve.

Il est à noter que, de même que pour l'échange, le législateur, par les articles 889 et 2052, refuse expressément l'action en rescision d'un contrat aléatoire, ou d'une transaction et cela, parce qu'il entend que l'élément aléatoire devrait exclure la possibilité de sanctionner la lésion.

La vente d'immeubles et le partage sont les deux grandes exceptions où le Code admet la lésion. Mais, il faut y ajouter l'article 783, qui permet à l'héritier de rescinder l'acceptation qu'il a faite d'une succession, si postérieurement il découvre un testament qui diminue de plus de moitié cette succession.

On peut aussi considérer comme appliquant l'idée de lésion, la loi du 3 septembre 1807 qui pour des motifs d'ordre public et de moralité, a limité le taux des intérêts conventionnels à 5 % en matière civile, et 6 % en matière commerciale.

Enfin, l'on doit noter l'article 1854, qui donne le droit à un associé d'attaquer le règlement des parts de chacun.

C'est sur ces textes que la jurisprudence a été appelée à construire jusqu'au commencement du ^{xx}e siècle, époque où le législateur a été obligé de faire de nouvelles brèches au principe posé par le Code, en élaborant une série de lois, plus ou moins spéciales, dont nous retenons : la loi du 8 juil-

let 1907, en faveur des cultivateurs qui, lors de l'achat d'engrais, seraient lésés de plus d'un quart; la loi du 29 Avril 1916, sur l'assistance et le sauvetage maritime. Ici, on aurait eu beau vouloir s'en tenir toujours à un taux fixe de l'élément objectif, qu'il y aurait eu impossibilité à le faire; le législateur a donc été obligé de s'en remettre au juge pour l'appréciation du montant de la lésion. Le juge a la faculté d'annuler, de réduire, ou d'augmenter la rémunération. On lui reconnaît donc, en dépit de la tradition du Code des pouvoirs extrêmement vastes. Cette heureuse innovation, — heureuse parce que le juge n'a nullement démenti la confiance qu'on lui accorda, — est due au fait que la loi française en question, a eu ses bases dans la convention internationale de Bruxelles, du 23 Septembre 1910. Enfin, les lois du 12 Mars 1900 et du 14 Décembre 1926, sur les ventes à tempérament de valeurs de Bourse et de valeurs à lots.

En ce qui concerne la protection des salariés, soit le pouvoir législatif lui-même, soit le pouvoir exécutif, ont pris à différentes reprises des mesures de caractère préventif ou répressif. Il en a été fait de même pour la protection des consommateurs, en tarifant les prix des loyers, et, en sanctionnant pénalement la spéculation illicite. En fin de compte, on notera quelques lois qui protègent les contractants, comme tels, en déclarant nulles certaines renonciations; ainsi la loi Rabier, du 17 mars 1905, contre l'exonération de la responsabilité dans les transports terrestres, ou la loi du 19 juillet 1928, qui s'occupe de la rupture du contrat de travail, etc... Toujours à ce sujet, il ne faut pas oublier les lois consacrant l'idée de l'imprévision dans les contrats, comme la célèbre loi Failliot, du 21 janvier 1918, sur la rescision des marchés à livrer.

En ce qui concerne la jurisprudence, ce n'est pas tant l'interprétation donnée aux textes existants qui nous intéresse, que l'œuvre constructive faite là où l'absence des textes s'est le plus fait sentir.

En ce qui concerne les textes visant la vente d'immeubles, la jurisprudence a tenu à respecter scrupuleusement la conception du législateur, en les appliquant très restrictivement. Dès que le moindre élément aléatoire peut être relevé, la jurisprudence s'est refusée à sanctionner la lésion, sauf si la vente a été faite moyennant une rente viagère. Dans ce cas, à bon droit on a cru indiqué d'intervenir, lorsque les arrérages de la rente ne sont qu'à peine supérieurs aux revenus de l'immeuble, puisque l'on n'aura pas de peine à relever une lésion de sept douzièmes. En partant de ce principe, les tribunaux ont fait montre d'un grand esprit d'équité. Cette équité a été plus facile à réaliser à propos du partage, où la conception même du législateur a été bien plus large qu'à propos de la vente d'immeubles. Ainsi, la jurisprudence n'a pas hésité à interpréter les textes visant le partage, d'une manière plutôt extensive, ce qui lui a permis de sanctionner la lésion, non seulement par la nullité du contrat, mais aussi par la réduction des obligations du lésé.

Dans l'accomplissement de sa tâche, la jurisprudence qui, pour réaliser l'équité, était trop enchaînée par les textes de loi, a fait appel aux vices de consentement, là où il était simplement question de lésion. En dépit de la conception du législateur, et même de celle de la doctrine, les tribunaux ont sanctionné la lésion occasionnée par une assistance maritime, au nom de la violence morale qui aurait été provoquée par des circonstances de force majeure.

La théorie du dol incident, qui permet au juge de parfaire le contrat, a été toute indiquée pour être utilisée par la jurisprudence à propos de la lésion, grâce à la possibilité de corriger simplement le contrat, sans être obligé d'appliquer la sanction de la nullité, laquelle, bien souvent, s'avère pour le lésé, moins équitable encore que le contrat lui-même.

L'erreur, enfin, a donné à la jurisprudence française l'occasion de se rapprocher davantage encore de l'équité de la jurisprudence anglaise, en prononçant la sanction, même là où l'erreur du lésé a été provoquée par son contractant en toute bonne foi; ce qui rappelle la théorie de l'*innocent misrepresentation* anglaise, que l'on a trouvée dans la section précédente.

La théorie de la cause a été, également, employée par nombre d'arrêts rendus en réparation d'une lésion. Il est toutefois à noter que, la jurisprudence, peu familiarisée peut-être avec le contenu de la notion de la cause, ou bien trouvant qu'elle ne serait pas suffisante pour réaliser, en fait, l'équité dans la proportion des obligations réciproques, emploie la notion de cause dans les arrêts concernant la lésion, plutôt parallèlement ou subsidiairement avec d'autres considérations plus particulières à l'espèce jugée. Ainsi, en matière de cession d'offices ministériels, lorsque le prix officiel a été postérieurement augmenté par contre-lettre, à côté de la notion de cause illicite, on invoque celle de l'ordre public. De même, à propos de salaires accordés aux mandataires, — une matière où la jurisprudence a continué l'œuvre des anciens Parlements, — à côté de la cause on a fait appel à la gratuité du mandat pour réduire l'obligation du mandant, qui ne devrait représenter qu'une indemnité pour son cocontractant. Une interprétation nettement prétorienne de l'art. 1999, al.

1^{er}, lequel, tout en étant un peu obscur, ne permet cependant pas une pareille interprétation, a amené la jurisprudence à conclure par un argument *a contrario*, que, même en dehors de toute faute du mandataire, son salaire peut être tout simplement réduit, si cela paraît équitable. En tout cas, soit qu'elle emploie tel ou tel argument, la jurisprudence en est arrivée à juger, sur ce point, d'après l'équité seule, en dépit du principe posé par le Code civil. Et cela, d'une façon si franche, qu'elle ne croit même plus nécessaire de motiver juridiquement ses décisions, mais qu'elle estime avoir la faculté de réduire purement et simplement toute rémunération promise à un mandataire, par le fait même qu'elle paraît dépasser la limite équitable. Or, dès que les faits justifient une pareille œuvre prétorienne, qui représente un principe nettement opposé à celui de l'article 1118, l'on peut dire que celui-ci a subi le coup de grâce.

Mais toute la portée de l'œuvre de la jurisprudence se révèle surtout dans la seconde étape de son évolution, où elle englobe dans la notion de mandat, toutes ou presque toutes les hypothèses dans lesquelles une personne reçoit un salaire pour un service rendu à une autre, — vis-à-vis de laquelle elle n'est pas dans un état de subordination, — n'appliquant à la sphère du louage de services que les contrats où ce lien de subordination existe. L'on donnait ainsi, à la jurisprudence d'équité, formée à propos du mandat, un champ d'application des plus vastes, et qui comprenait les honoraires des avocats, des médecins, des ingénieurs, maintes affaires non nécessairement juridiques, etc. Des attaques ont été dirigées contre les arrêts consacrant cette jurisprudence, mais on a vite fait de traverser cette crise, en arrivant à réduire tout simplement un honoraire qui paraissait excessif, sans plus relever dans le

contrat en question la nature juridique d'un mandat. On juge donc en pure équité, sans se fonder sur les textes ayant une base juridique, tout comme le ferait la jurisprudence allemande, mais à la différence que celle-ci a une base juridique. La jurisprudence française, en dépit des principes du Code civil, a corrigé les conventions en les faisant rentrer dans la sphère du mandat et en donnant à celui-ci une interprétation prétorienne. Toutefois, dans son action, la jurisprudence s'est limitée à une diminution de l'obligation, n'ayant jamais osé prononcer l'augmentation.

Plus particulièrement, à propos des achats courants, la théorie du mandat tacite de la femme mariée a fourni l'occasion de réparer la lésion du consommateur. En matière de contrat d'adhésion, on a cherché à réaliser l'équité par une tendancieuse interprétation de différentes clauses du contrat que l'on applique d'une façon tantôt restrictive, tantôt extensive, selon que la clause est ou non équitable. Enfin sans chercher à relever des cas plus particuliers, qui maintes fois ont donné à la jurisprudence l'occasion de se placer exclusivement sur le terrain de l'équité en abandonnant plus ou moins le droit positif, nous tenons à noter encore, qu'à la différence des juges allemands et anglais, le juge français n'a aucun droit d'investigation dans les différentes clauses pénales fixées par les parties. On a vu qu'une simple clause pénale est à même d'amener une énorme disproportion des prestations, et, il est inutile d'insister sur les solutions des plus inéquitables qui, fréquemment, ont été inévitables par suite du principe posé par le Code civil, lequel veut que la clause pénale conventionnelle soit intangible. Cette intangibilité cesse naturellement là où la clause pénale ne tiendrait pas compte d'une disposition prohibitive de la loi, comme dans le cas où l'on aurait tenté d'é-

chapper au moyen d'une clause pénale, aux prescriptions du taux de l'intérêt. Mais, il faut relever que, même lorsque la clause pénale ne viole aucune disposition de la loi, la jurisprudence marque une certaine tendance, — timide encore il est vrai, — de la soumettre à un examen, et de l'annuler quand elle est manifestement lésionnaire. Cette tendance constitue, de la part de la jurisprudence française, un aveu de plus sur le caractère franchement et nettement prétorien, que son œuvre présente en matière de lésion.

Or, plus la jurisprudence a tendance à devenir prétorienne, plus l'anachronisme de la loi est accentué. Il est même superflu d'insister sur ce point, puisque, à l'heure actuelle, on est unanime, ou presque, à réclamer à propos de la lésion, une réforme législative. Quelle doit être la portée de cette réforme ? C'est une question à laquelle nous tâcherons de répondre dans notre conclusion. Mais, dès maintenant, il est à retenir que la jurisprudence française présente, sur le point des clauses pénales dont nous venons de parler, comme sur d'autres dont nous relevons particulièrement la violence morale et les considérations subjectives, une nette tendance vers des solutions qui, en droit allemand, sont législativement consacrées. Une deuxième constatation, d'égale importance est, que la jurisprudence française marque, dans la matière de la lésion, une tendance prononcée vers le subjectivisme.

Mais, dans cette tendance se révèle le souci de faire une conciliation entre le principe classique de l'autonomie de la volonté d'une part, et celui de l'équité de l'autre. Et pourtant, ce n'est pas une conciliation, c'est une harmonie que l'on devrait en faire. En effet, le mouvement vers le subjectivisme de la jurisprudence française en matière de lésion, n'est pas

en inharmonie avec la technique du droit positif français, régi par la conception subjective du contrat. Partant de cette idée, l'on aurait pu peut-être arriver à détourner complètement le principe exclusif de la lésion posé par le Code. La jurisprudence n'a pas pensé pouvoir le faire. La parole est maintenant au législateur.

SECTION III

CONCLUSION

Nous avons vu que la jurisprudence française marque dans le domaine de la lésion, — comme aussi d'ailleurs dans les domaines voisins, de la violence et du dol, — une nette évolution vers le subjectivisme.

Les causes de cette évolution ont été analysées par M. Lévy-Ullmann qui, dans son cours de doctorat 1927-1928, a expliqué ce mouvement subjectiviste concernant la lésion, tout d'abord par l'extension technique que la jurisprudence a donnée à la notion du vice de consentement, sans négliger l'influence indéniable qu'ont exercée, dans cette évolution, les conceptions d'utilité et de morale.

Cette conception de la morale a, même, été érigée par le Droit allemand, en fondement juridique de la lésion, et, il en va de même pour le Droit anglais qui, dans la sanction de la lésion, voit une punition de la conscience, conception qui s'exprime très bien dans l'adage « *aequalitas aequitas est* » Ainsi, la morale a réussi à intégrer dans ces deux systèmes législatifs, basés sur une conception objective du contrat, une notion comme celle de lésion, qui, justement dans ces deux pays, est une notion éminemment psychologique. On n'ou-

bliera pas, en effet, qu'en Allemagne comme en Angleterre, et, à la différence de la France où la lésion est basée exclusivement sur l'élément objectif, on procède tout d'abord à l'analyse de la conduite du lésant (1).

Ce n'est pas ici le moment de nous demander quel est le juste fondement de la notion de lésion. Selon la conception du contrat, — subjective ou objective, — tel fondement de la lésion cadrera, d'une façon plus organique que tel autre, avec l'ensemble du système législatif. Or, nous avons encore moins l'intention d'aborder la si grave question de la conception du contrat. Mais une constatation s'impose : Depuis un siècle, la notion de lésion ne fait que gagner du terrain ; que ce soit d'une façon radicale, comme en Angleterre, où la technique législative s'y prête facilement ; que ce soit sur le continent, en Allemagne, où, malgré la conception objective du contrat, la notion de lésion possède, — en tant que représentante de la morale, — une place reconnue d'une façon générale, et, en harmonie avec le système législatif entier ; ou bien, que ce soit en France, où les dispositions du Code civil, exclusives du principe de lésion, sont battues en brèche par un constant mouvement jurisprudentiel, secondé par la doctrine et la législation ; *partout, on aperçoit une tendance nette vers l'élargissement de la sphère de la notion juridique de lésion.*

Dans cette évolution, que nous venons d'étudier chez les trois peuples ayant un même niveau de civilisation et de culture, la France est la plus retardataire. La cause n'en est nullement que l'on doute encore en France de l'impérieuse nécessité d'une réforme, toute la doctrine étant, au contraire,

(1) V. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Thèse, Paris 1914 p. 568 n. 1.

unanime à reconnaître l'insuffisance des textes actuels. Mais, où commence la difficulté, qui, jusqu'à aujourd'hui a empêché l'œuvre positive qui chaque jour s'impose davantage, c'est au désaccord qui règne entre une partie de la doctrine, — qui, à l'exemple de l'Angleterre et de l'Allemagne, et en complète harmonie avec l'évolution des conceptions sociales, — demande l'introduction, dans le droit positif français du principe général de la lésion (1); et, d'autres auteurs, qui, trop imbus de traditionalisme, veulent, à l'instar du Code civil, faire une nouvelle œuvre de transaction, en acceptant le principe de la lésion seulement dans des hypothèses limitativement énoncées (2). Entre ces deux courants, on doit en noter un troisième, qui, tout en admettant, dans sa généralité, le principe de lésion, croit devoir le soumettre à l'ancien criterium objectif de la *laesio enormis* (3).

Ce désaccord dans la doctrine n'a que trop duré, parce qu'il n'a fait que perpétuer un état de choses qui est, en principe, unanimement répudié. En recherchant les causes de ce conflit nous nous sommes rendu compte qu'elles tiennent surtout à des convictions acquises *a priori*, qui, par une simple documentation, s'évanouiraient, faisant place à une seule opinion, celle dont la justesse est mise en évidence par les faits. Or, les faits, qui, en notre matière, doivent être étudiés, sont surtout ceux fournis par l'expérience du Code civil allemand. C'est justement cette expérience qui, en France, a été trop superficiellement étudiée (4). Nous re-

(1) Projet de Code Franco-Italien.

(2) Demontès, *op. cit.*, p. 257. Ripert, *op. cit.* p. 401.

(3) Rapport de M. Demogue, Bull. de la Soc. d'Etudes législatives, 1921, p. 216.

(4) C'est ainsi qu'un arrêt très récent, datant du 9 février 1931 et rendu par la Cour d'Appel de Paris, estime à tort, que le droit positif allemand fait obstacle au retour, d'un immeuble acquis lésionnairement, dans les mains du lésé; on aurait dû, au contraire, rechercher, si les éléments de l'art. 138, C. Civ. all. sont ou non réunis dans l'espèce.

marquons simplement que, deux ouvrages — des meilleurs qui ont paru sur notre sujet, — tirent des enseignements absolument opposés de l'expérience allemande. Ainsi, M. Demontès, disant que le principe de lésion n'a donné lieu, en pratique, à aucune jurisprudence, arrive forcément à d'autres conclusions que M. Gay, par exemple, qui affirme justement que l'article qui contient ce principe a été largement employé. Nous espérons qu'une mise au point détaillée de l'état des choses, en Allemagne, devrait avoir comme effet de permettre à la doctrine entière de se ranger à un seul avis, celui qui logiquement se dégage d'une fidèle connaissance des faits. C'est la raison qui nous a déterminé à entreprendre cet essai, dont la tâche principale a été de donner, le plus fidèlement, une vue générale de l'expérience du Code civil allemand, en notre matière.

Or, cette expérience prouve amplement que le principe général de lésion est loin d'être inutile et qu'il est aussi loin d'entraver, en quoi que ce soit, la sécurité et la complète liberté des transactions.

Cette expérience prouve aussi, qu'à l'inverse de ce que soutient M. Demontès, *une conciliation entre le principe général de rescision pour lésion, et, celui de la liberté des transactions, est possible non seulement théoriquement, mais aussi pratiquement*, et que, par conséquent, la doctrine allemande n'a fait aucune erreur lorsqu'elle a laissé au juge le soin de réaliser cette conciliation. Et, pour mettre, davantage encore, en évidence que cette conciliation est pratiquement réalisable, nous avons étudié aussi la jurisprudence anglaise, c'est-à-dire celle d'un peuple qui possède la même civilisation que l'Allemagne et la France, et chez qui la conception de lésion, bien qu'étant la plus large de toutes celles qui exis-

tent actuellement, n'entrave en rien la sécurité du commerce juridique, lequel justement, en Angleterre, est tellement développé.

D'ailleurs, en général, la physionomie du Droit allemand tient le milieu entre celle du Droit français et celle du Droit anglais. Il en est ainsi en ce qui concerne le rôle du juge, qui, en Angleterre est un législateur, qui, en Allemagne, tout en ne l'étant pas en droit, joue, en fait, un certain rôle législatif, et qui, en France, doit faire un effort pour échapper au rôle d'automate auquel voulait le réduire le Code civil. Ainsi encore, en ce qui concerne la conception même de la lésion, qui en Angleterre est plus large que partout ailleurs, qui, en Allemagne, tout en étant moins large est admise dans toute sa généralité, et qui, en France n'est que tolérée par le droit positif, et encore, exceptionnellement. Ainsi enfin, en ce qui concerne les *criteria* de la convention lésionnaire, le juge anglais s'attachant presque exclusivement à la conduite du lésant, le juge allemand, tout en considérant les situations des deux parties contractantes, donne de beaucoup la prépondérance à celle du lésant qu'il veut scruter à fond, et, en France, où le juge ne peut faire la moindre investigation dans cette direction.

Des expériences allemande et anglaise, il ressort avec évidence ce que le *criterium* subjectif de la lésion contient de salubre pour une juste application du principe, *et c'est justement ce criterium subjectif qui, loin de constituer un élément vague, susceptible de faire périliter la liberté des conventions, forme au contraire une notion consistante qui garantit la sécurité des transactions.*

Pour démontrer plus plastiquement l'attitude qui s'impose au législateur en matière de lésion, l'on pourrait, à la

rigueur, faire abstraction de l'élément temps, et poser un parallèle entre la réglementation de l'usure proprement dite et celle de la lésion proprement dite. On a vu, dans le premier chapitre, la défaite du principe de la liberté du taux de l'intérêt, qui correspond au principe de l'autonomie absolue de la volonté, donc exclusif de lésion ; on a vu aussi la défaite du principe de la prohibition de l'intérêt, qui correspond au principe de l'égalité idéale des prestations ; on a vu encore la défaite du principe de la réglementation des intérêts conventionnels à un taux fixe, ce qui correspond au principe de la lésion basée sur un criterium objectif fixe ; mais, par contre, on a vu et on voit, le succès du criterium subjectif, autant en ce qui concerne l'usure proprement dite, que la lésion proprement dite, c'est-à-dire, autant en ce qui concerne l'usure de crédit que l'usure réelle.

Dans ces conditions, — et la conclusion s'impose, — vouloir faire dépendre la lésion d'un élément objectif fixe, serait, *non seulement du point de vue théorique, peu compatible avec le fondement de la lésion, quel qu'il soit, mais, pratiquement, ce serait respecter une borne arbitraire, fixée mathématiquement à l'avance, laquelle réduirait le juge au rôle d'une machine tout à fait impuissante à réaliser l'équité dans tous les cas où une lésion le réclamerait.*

Puisque la vérité est dans le critérium subjectif, et puisque le principe général de lésion ayant ce critérium subjectif comme élément constitutif primordial, ne présente aucun danger, et beaucoup d'utilité, le législateur français se doit de l'introduire, le plus tôt possible, dans le droit positif français, ayant le droit positif allemand comme exemple, et le Droit anglais comme garantie. Ce faisant, il répondrait au vœu de Saleilles, qui, comme nous l'avons dit, posait la question de

savoir si, en face de certaines idées, vers lesquelles tendent les législations étrangères, le Droit français saura garder son rôle à la tête du progrès juridique (5); en même temps, le législateur français contribuerait à ce que M. Lévy-Ullmann appelle l'élaboration d'un fonds de droit uniforme, réglémentant les relations d'affaires nouées entre ressortissants des pays les plus différents (6).

Introduire dans le droit positif français le principe général de lésion serait faire une œuvre salutaire dans le présent et durable dans l'avenir, parce que basée sur l'expérience bien comprise et si instructive de l'Allemagne et de l'Angleterre; parce que, en harmonie avec le rythme de l'évolution des conceptions sociales, qui dans le domaine du Droit prouvent l'anachronisme des principes par trop individualistes du Code Napoléon, et réclament pour le juge, un rôle de plus en plus important, tout en prenant garde de ne tomber dans l'autre extrême, comme l'a fait le Droit canonique, qui voulait réaliser la morale en sacrifiant la liberté, chose qui aujourd'hui, grâce aux éléments constitutifs de la lésion, n'est plus possible.

Enfin, tout en faisant cette grande réforme, *on harmonisera la nature subjective de la lésion avec la conception subjective du contrat*, qui, à l'inverse de l'Angleterre et de l'Allemagne, domine en France, en se ralliant entièrement au projet de Code Franco-Italien, art. 22 : « *Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat, ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentement n'a pas été libre, le juge peut,*

(5) Saleilles, *De la Déclaration de Volonté*, Préface.

(6) Lévy-Ullmann, *Vers le Droit Mondial du xx^e siècle*, Préface.

sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat, ou réduire les obligations. »

Si, du simple exposé des faits que contient ce modeste opuscule, il résulte que la doctrine en France, ne doit, en vérité, rien reprocher à l'introduction du principe général de la lésion dans le droit positif français, la réforme législative n'a plus de raison de se faire attendre.

C'est là, ce que l'on doit en retenir.

Vu le Doyen,
BERTHÉLÉMY.

Vu le Président,
LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

Bibliographie

- ANSON. — « *Principles of the english law of contracts* » with american notes by Arthur L. Corbin, 44° éd. New-York, 1919.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1921.
- CAPITANT. — « *De la cause des obligations* », 3° éd. Paris, 1927.
- COLIN ET CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit Civil français*. 5° éd. 1927.
- CROME. — *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen und Leipzig, 1902.
- DEMOGUE. — *Traité des Obligations*, t. 1, Paris, 1924.
- DÉMONTES. — *De la lésion dans les contrats entre majeurs*. Ouvrage couronné, Paris 1924.
- EICHLER. — *Kann der Wucherer nach dem bürgerlichen Gesetzbuche das dem Bewucherten Geleistete kondizieren*. Thèse, Leipzig, 1908.
- ENDEMANN. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8-9 édit., Berlin, 1929.
- ENNECCERUS, KIPP UND WOLFF. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 7° édit. Marburg, 1928-30.
- FISCHER. — *De la lésion dans les contrats entre majeurs*. Conférence couronnée, Bucarest, 1928.
- FRANK. — *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen*, Tübingen, 1907.

- GAY. — *L'Undue influence, dans les législations anglo-saxonnes*. Thèse, Dijon, 1927.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 8^e éd. revue et mise à jour par Senn. Paris, 1929.
- HALSBURY. — *The laws of England*, Londres, 1907.
- HÖLDER. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*. Munich, 1900.
- KITTELMANN. — *Laesio enormis*. Thèse, Zurich, 1916.
- LEHMANN. — *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*. Leipzig und Berlin, 1928.
- LÉVY-ULLMANN. — *Comment un français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain*, Paris, 1919.
- LÉVY-ULLMANN. — *De l'utilité des études comparatives*, Québec, 1923.
- LÉVY-ULLMANN. — *Les obligations au commencement du XX^e siècle*. Cours de Doctorat, Paris, 1927-28.
- LÉVY-ULLMANN. — *Vers le Droit mondial du XX^e siècle*. Paris, 1923.
- LOTMAR. — *Der Arbeitsvertrag*, Leipzig, 1902.
- LOTMAR. — *Der unmoralische Vertrag*, Leipzig, 1906.
- LOUIS-LUCAS. — *Lésion et Contrat*, Paris, 1926.
- MEMIN. — *La lésion suivie de la notion générale sur l'usure et l'erreur*. Thèse, Le Mans, 1926.
- MOTIVE zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (éd. officielle). Berlin und Leipzig, 1888.
- OERTMANN. — *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2^e édition, Berlin, 1908.

PLANCK — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 3^e édition, Berlin, 1908.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit Civil*, t. VI. *Les Obligations* (avec le concours de M. Esmein), Paris, 1930.

POLLOCK. — *Principles of contract at law and in Equity*. A treatise on the General Principles concerning the validity of agreements in the law of England and America by sir Frederick Pollock, with annotations and additions by G. Wald and S. Williston, 3^e édition, New-York, 1906.

PROTOKOLLE — *der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches*. Ed. par Achilles Gebhard et Spahn. Berlin, 1899.

REICHSGERICHTSRÄTE KOMMENTAR. — *Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, erläutert von Busch, etc... 5^e édition. Berlin und Leipzig, 1927.

RIEZLER. — *Venire contra factum proprium*. Leipzig, 1907.

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1925.

RÜMELIN. — *Das Schuldverhältniss*. Im Archiv für die zivilistische Praxis, t. XCVIII, p. 271.

SALEILLES. — *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901.

SALEILLES. — *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, 3^e éd., Paris, 1914.

STADTHAGEN. — *Das Arbeiterrecht*. Stuttgart, 1900.

STAUB. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, revu par Koenige, etc.... 12^e édit., Berlin et Leipzig, 1926.

STAUDINGER. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, 7-8^e édition, Munich, Berlin, Leipzig, 1926.

TAG-ELDINE. — *Le dol vice du consentement, en Droit français, et la « misrepresentation » anglaise*. Thèse, Dijon, 1927.

Table des Matières

	Pages
Abréviations	7
<i>Avant-Propos</i>	9
Introduction	11

Chapitre Premier

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE

§ 1. — Le Droit Romain	17
§ 2. — Le Droit canonique	21
§ 3. — Le Droit naturel	22
§ 4. — La législation libérale du XIX ^e siècle	26
§ 5. — Les précurseurs du droit positif actuel	30

Chapitre II

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA LÉSION

Section I. — L'article 138 du Code Civil allemand	35
Section II. — L'Elément Subjectif	42
§ 1. — L'Exploitation	42
§ 2. — Le Besoin	47
§ 3. — La Légèreté	55
§ 4. — L'Inexpérience	57
§ 5. — La Synthétisation	60
Section III. — L'Elément Objectif	61
§ 1. — Variété de ses aspects	61
§ 2. — Directives d'évaluation	66

Chapitre III

LES EFFETS

Section I. — La Nullité	73
Section II. — Les Actions	81
Section III. — De quelques particularités	87

Chapitre IV

DROIT COMPARÉ

Section I. — La Jurisprudence anglaise	91
Section II. — La Jurisprudence française	102
Section III. — Conclusion	112



Imprimerie « LES PRESSES MODERNES », 45, rue de Maubeuge, Paris
Ateliers à Reims (Marne)



